Die rechtliche Natur des uneigentlichen Barattogeschäfts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Weber
Referendar aus Stein bei Nürnberg.

Approbation: 16. Juli 1937.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1937

937/357

Dekan: Prof. Dr. jur. August Köhler.
Referent: Professor Dr. jur. Eugen Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Der Begriff des uneigentlichen Barattogeschäfts in der Literatur	1
§ 2.	Kauf und Tausch im geltenden Recht	5
§ 3.	Tausch und Kauf mit Nebenleistungen	14
§ 4.	Der Doppelkaufsbegriff und seine Abgrenzung vom Tausch	20
§ 5.	Die sich aus dem Unterschied von Tausch und Doppelkauf ergebenden Rechtsfolgen	40
§ 6.	Das uneigentliche Barattogeschäft ein Doppelkauf?	46
§ 7.	Ablehnung des uneigentlichen Barattogeschäfts als Tauschgeschäft	65
§ 8.	Unterschied zwischen dem uneigentlichen Barattogeschäft und einem Kauf mit Hingabe an Zahlungsstatt	69
§ 9.	Zusammenfassung	72

Schrifttum.

Adler: Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag im Handelsrecht, im Arch. Ziv. Pr. Bd. 109, S. 321 ff.

Bechmann: System des Kaufs nach gemeinem Recht, 1884. Bd. II.

Bernhöft: Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurf eines BGB. in Bekkers und Fischers Beitr. zur Erläuterung und Beurteilung des Entw. eines BGB. Heft 12, Berlin 1889.

Bernstein: Die Unzulässigkeit der Minderung beim Tausch. Diss. Breslau, 1911.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, II. Bd., 1915.

Enneccerus: Lehrb. des Bürgerl. Rechts, Recht der Schuldverh., 11. Bearbeitung, 1930.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts.

Flesch: Die rechtliche Natur des Geldwechselgeschäfts in IheringsJ. Bd. 19, S. 309 ff.

Folkerts: Die Abgrenzung von Kauf und Tausch, insbesondere der Doppelkauf. Diss. Göttingen 1929.

Glareis: in Endemanns Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1882. Bd. II.

Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Heinitz: Kommentar zum preuß. Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895, 3. Aufl., 1901.

Hummel-Specht: Das Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895, Ersch.Jahr 1906.

Kuhlenbeck: Das Bürgerl. Gesetzbuch für d. Deutsche Reich nebst dem Einf. Ges. (Handkom.) Bd. I, 2. Aufl., 1903, Berlin.

Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts, 1912.

Leist: Ueber die Natur gewisser doppelseitiger Verträge; in Zschr. f. Ziv. Recht und Proz. Bd. 17 S. 351 ff.

Lemke: Wandlung und Minderung beim Tausch, Diss. Jena 1933.

Leonhard: Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931.

Lobe: Das Einlösungsrecht, in Recht und Wirtschaft 1922.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 2.

Oertmann; Ehrenbergs Handbuch, 4. Bd., 2. Abt.
— Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 1929.
Planck: Kommentar zum BGB., II. Bd., allg. Teil, Recht d. Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1914.
— Kommentar zum BGB., II. Bd., 4. Aufl., 1928.
Posener: Rechtslexikon, I. Bd., 1909.
Protokolle: der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Bd. II.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse Bd. I, 1928, Bd. II 1934.
Roscher: System der Volkswirtschaft. Bd. I, Grundlagen der Nationalökonomie.
Schreiber: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht; in IheringsJ. Bd. 60, S. 106ff.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Soergel: Bürgerl. Gesetzb., 5. Aufl., 1931.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Bd., 14. Aufl., 1933.
Staudinger: Recht der Schuldverh., 1. Teil, 9. Aufl., 1930; 2. Teil, 9. Aufl., 1928.
Thoel: Das Handelsrecht, Bd. I, 6. Aufl., 1879.
Treitschke: Der Kaufkontrakt in bes. Beziehung auf den Warenhandel, nach röm. Recht und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen, 1865.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 1. Bd., 1930.
Warschauer: Der Grundstückstauschvertrag und seine stempelrechtliche Bedeutung in: Zschr. des Deutschen Notarvereins, 1910, S. 89ff.
— Grundstückskauf und Grundstückstausch, in Zschr. d. Deutschen Not.V., 1911, S. 814f.
Wenz: Handkommentar des Preuß. Stempelsteuergesetzes 1930.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II, 9. Aufl., 1906.
Witte: Der Tausch nach dem Bürg. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich, Diss. Leipzig 1907.
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Das „Recht".
Zeitschrift des Deutschen Notar-Vereins, 1908, 1910, 1911.
Handbuch der Rechtswissenschaft Art.: „Tausch".
Handbuch der Staatswissenschaften Bd. 8, 4. Aufl., 1928.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.

§ 1. Der Begriff des „uneigentlichen Barattogeschäfts" in der Literatur.

Das uneigentliche Barattogeschäft ist vorhanden, wenn zwei Personen einander Waren zu liefern sich verpflichten, aber die Leistung eines jeden Teiles zu Geld veranschlagt wird mit der Vereinbarung, daß nur der sich ergebende Unterschied beider Preise durch Zahlung ausgeglichen werden soll. Uneigentliches Barattogeschäft heißt zu deutsch: uneigentlicher Tauschhandel oder uneigentliches Tauschgeschäft, da das italienische Wort „baratto" mit „Tausch" übersetzt wird. Daß der Tausch im Handelsverkehr Barattogeschäft genannt wird[1]), beweist die Ausdrucksweise: „kaufmännisches Barattogeschäft"[2]).

In der Literatur[3]) finden sich auch die Bezeichnungen „Barattogeschäft im eigentlichen und uneigentlichen Sinn" wobei übereinstimmend erklärt wird, daß man unter dem Barattogeschäft in seiner eigentlichen Bedeutung lediglich den Tausch versteht.

Bei einer Durchsicht der in Literatur und Rechtsprechung vorhandenen Begriffsbestimmungen lassen sich zwei Ansichten unterscheiden, die zwar bezüglich des Inhalts Geschäfts nicht von einander abweichen, aber bezüglich der Beurteilung seiner rechtlichen Natur zu verschiedenen Ergebnissen kommen.

Einige Vertreter der einen Meinung[4]) sprechen bei der Darlegung des Begriffes des uneigentlichen Barattogeschäfts davon, daß hier zwei Personen einander Gegen-

1) Planck, II. Bd., 1928, § 515, 1; siehe auch Posener S. 169.

2) Warneyer, § 515, ROHG. Bd. 5, S. 418 ff.

3) Ebenda.

4) So auch Staub, Vorb. vor § 373, I, 2 S. 616 HGB.; Kuhlenbeck, § 515; Planck, § 515, 1; Thoel, § 251 Anm. 2; ROHG. 5/419.

stände verkaufen mit der Bestimmung, die Kaufpreise gegeneinander aufzurechnen. Sie kommen damit zu dem Ergebnis, daß zwei Kaufverträge und ein Aufrechnungsvertrag vorliegen. Die anderen Anhänger[1]) der Meinung, daß zwei Kaufverträge und ein Aufrechnungsvertrag vorliegen, vermeiden in den Definitionen die Worte „verkaufen" und „aufrechnen" und drücken sich etwa folgendermaßen aus: „Vereinbarungsgemäß haben beide Kontrahenten Waren zu liefern, wobei die Leistung jeden Teiles zu Geld angeschlagen wird und die Preise miteinander aufgehoben werden".

Demgegenüber vertritt die zweite Gruppe[2]) den Standpunkt, das uneigentliche Barattogeschäft sei als Tausch zu erachten, und bedient sich folgender Begriffsbestimmung: „Es handelt sich um ein Geschäft, bei dem beide Teile Waren hingeben, aber die Leistung jeden Teiles in Geld veranschlagt und zur Ausgleichung einer Zahlung verwendet wird"[3]).

Mit der Ansicht, daß zwei Kaufverträge und ein Aufrechnungsvertrag vorliegen, stimmen die Ausführungen im Handbuch der Rechtswissenschaft[4]) überein, die darüber hinaus eine eingehendere Betrachtung der rechtlichen Natur der genannten Verträge bringen. „Erfolgt die beiderseitige Lieferung von Sachgütern in der Art, daß für jede Leistung ein besonderer Preis bestimmt und die gegenseitigen Forderungen miteinander verrechnet werden, aber trotzdem die beiderseitigen Leistungen wirtschaftlich und rechtlich von einander unabhängig bleiben sollen, sodaß die Gültigkeit des einen Vertrages von der Ungültigkeit des anderen nicht berührt wird, so liegen zwei getrennte, wenn auch äußerlich vielleicht gleichzeitig abgeschlossene Kaufverträge vor. Beide sind nur bezüglich

---

1) Dernburg, § 199, I S. 136; Gareis, S. 545; Lehmann S. 724; Treitschke, S. 50.

2) Warneyer, § 515, I; Staudinger, § 515, III, 2d; Oertmann in Ehrenbergs Handb., IV, II, S. 554.

3) Staudinger, § 515, III, 2d OLG. 20/184.

4) Handb. d. Rechtsw. Art.: „Tausch".

der Erfüllung durch einen Aufrechnungsvertrag verbunden. Im Handelsverkehr spricht man bei ihnen vom „uneigentlichen Barattogeschäft".

Trotz der Tatsache, daß die rechtliche Natur des besonders im Viehhandel[1]) vorkommenden uneigentlichen Barattogeschäfts ganz verschieden beurteilt wird, lassen sich doch gewisse Merkmale feststellen, die für dasselbe charakteristisch sind und deshalb diesen Untersuchungen zu grunde gelegt werden müssen:

1. die beiderseitige Hingabe von Waren und
2. die Veranschlagung derselben in Geld.

Da, wie vorhin festgestellt, strittig ist, ob das Barattogeschäft im uneigentlichen Sinne als Tausch oder als aus zwei Kaufverträgen und einem Aufrechnungsvertrage bestehend zu beurteilen sei, ist es m. E. notwendig, zunächst näher auf diese Begriffe einzugehen, d. h. die rechtliche Ausgestaltung des Kaufes, des Tausches und schließlich des „mehrfachen Kaufes" (Doppelkaufes) zu erörtern.

Die Feststellung, ob man das uneigentliche Barattogeschäft unter den Vertragstypus des Tausches oder des Kaufes (Doppelkaufes) bringen muß, hat trotz des § 515 BGB., keineswegs nur rein theoretische Bedeutung, sondern ist auch von erheblicher Tragweite für die Praxis. Für den Rücktritt, die Wandlung, die Minderung, das Vorkaufsrecht usw. führt nämlich der rechtliche Charakter der beiden Rechtsgebilde (Tausch-Doppelkauf) zu verschiedenen Ergebnissen. Zu diesen Rechtsfolgen soll in einem späteren Abschnitt dieser Arbeit Stellung genommen werden.

§ 2. Kauf und Tausch im geltenden Recht.

1. Die rechtliche Ausgestaltung des Kaufes.

Den Begriff des Kaufvertrages hat das Gesetz nicht unmittelbar bestimmt. Statt dessen regelt es im § 433 BGB. die wichtigsten Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage; von diesen sind als für den Begriff des Kaufes

1) vergl. Staudinger, § 515, III, 2d.

wesentlich anzusehen[1]), die Verpflichtung zur Verschaffung des verkauften Gegenstandes, auf der einen Seite, und[2]) die Verpflichtung zu einer Geldleistung auf der anderen[1]).

Kauf ist demnach der gegenseitige Vertrag, durch den ein Teil sich verpflichtet zur Beschaffung eines Gegenstandes, der andere zur Zahlung des Preises. Dient demnach der Kaufvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft dem Umsatz von Gütern gegen Geld, so erschöpft sich darin doch nicht das Wesen des Kaufes in allen seinen Formen. „Seine rechtliche Natur wird nicht dadurch berührt, daß bei der Berichtigung des festgesetzten Geldpreises oder im Anschlag auf denselben der Geldleistung andere Leistungen unterstellt werden, z. B. die Uebernahme einer Schuldverbindlichkeit oder die Hingabe von Waren an Zahlungsstatt“ [2]). Die vertraglichen Abmachungen der Parteien führen dabei nicht zu einem Umsatz von Ware gegen Geld, sondern zu einem solchen von Ware gegen Ware.

Hieraus ergibt sich, daß das entscheidende Merkmal des Kaufes nicht ausschließlich in dem tatsächlichen Austausch von Ware gegen Geld bestehen kann, sondern daß ein Kauf den Willen eines Vertragspartners voraussetzt, der von Anfang an auf Zahlung baren Geldes gerichtet ist, ohne daß jedoch die Leistung des Kaufpreises auch wirklich stets in bar erfolgen muß[3]).

Als Kaufware kommen nach Oertmann nicht nur Sachen und Rechte in Betracht, wie man aus ihrer besonderen Erwähnung in § 433 BGB. schließen könnte, sondern alle Güter, die Vermögenswert haben und der Uebertragung auf einen anderen fähig sind[4]). Demgegenüber will eine andere Ansicht[5]) auf den Umsatz anderer

1) RG. in DJZ. 1904, 344.

2) Staudinger, 2. Bd., S. 27, Recht d. Schuldverh.

3) Vgl. Treitschke, S. 49; Bechmann, II, S. 172.

4) Oertmann, Kom. Vorb. vor § 433, 1a und b; ders. in Ehrenbergs Handb., 4. Bd. II, S. 333, 351; Staudinger § 433 V, 2c; Windscheid-Kipp, II, S. 628.

5) Soergel, Kom. § 433, 5; Planck § 433, 3b; Warneyer § 433 II; Enneccerus § 101, II, 4.

Güter als Sachen und Rechte nur eine analoge Anwendung der Kaufregeln zulassen.

Bezüglich der m. E. zu weiten Ausdehnung, die die zuerst angeführte Ansicht dem Kreis der kauffähigen Gegenstände gibt, ist folgendes zu bemerken: sie beruht wohl auf der Vorstellung, daß nicht nur ein Gegenstand (Sachen und Rechte, von manchen auch als „Ware" bezeichnet), sondern jeder „faktische, wirtschaftliche Vorteil" verkauft werden könne. Man rechnet dazu u. a. eine Kundschaft, Geschäftsgeheimnisse, Unternehmungen, auch wenn ihnen nicht bloß bestimmte Sachen der Rechte zugrundeliegen. „Was verspricht aber der „Verkäufer" einer Kundschaft? Besteht seine Hauptverpflichtung nicht darin, die Kundschaft seinem Nachfolger namhaft zu machen, diesen bei ihr zu empfehlen und sich weiterer Beziehungen zu ihr zu enthalten?[1]) Man sieht gerade bei diesem Beispiel deutlich, daß der Leistungsinhalt dieses Vertrags ganz verschieden ist von dem des Kaufes. Die Folge davon ist auch, „daß sich eine Reihe von Vorschriften des BGB. unverändert auf andere Kaufobjekte als Sachen und Rechte nicht anwenden läßt",[2]) (z. B. § 433 Abs. 1); denn man kann nicht als Hauptverpflichtung des Verkäufers die Verschaffung einer Sache oder eines Rechtes ansehen und gleich darauf die diese Verpflichtung regelnde Vorschrift des Kaufrechts auf einen in seinen Leistungsinhalten gänzlich verschiedenen Vertrag anwenden, auch nicht analog.

„Es erscheint daher richtiger, die Regeln über den Kauf, nur insoweit analog anzuwenden, als die einzelnen durch die fraglichen Geschäfte übernommenen Verpflichtungen wirklich den Leistungen des Verkäufers entsprechen. Praktisch werden beide Ansichten — diejenige die einen wirklichen Kauf sieht und diejenige, die nur die Kaufregeln analog angewendet wissen will — kaum zu verschiedenen Ergebnissen führen, weil sich, selbst wenn man das

---

4) Leonhard, S. 4ff.

2) Enneccerus, Lehrbuch, Recht d. Schuldverhältnisse, S. 346.

Geschäft als Kauf ansieht, die Anwendung mancher Regeln über denselben doch von selbst verbietet“ [1]).

2. Die rechtliche Ausgestaltung des Tausches.

Ebenso wie der Kaufvertrag ist auch der Tausch vom Gesetzgeber nicht begrifflich bestimmt, sondern erst durch Wissenschaft und Praxis näher umschrieben worden. „Sowohl die systematische Stellung der Rechtsnormen über den Tausch wie deren inhaltliche Ausgestaltung sind im BGB. sehr karg behandelt. In ersterer Hinsicht bildet der Tausch nur ein Anhängsel zum Kauf und in der zweiten Richtung enthält das BGB. lediglich den summarischen Satz des § 515, daß auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden“ [2]). Trotz dieser scheinbar unbedeutenden Stellung des Rechtsinstitutes ‚Tauschvertrag‘ innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches halte ich es für angebracht, der näheren Erörterung der rechtlichen Ausgestaltung eine kurze Würdigung des Tausches in seiner Eigenschaft als älteste Güterumsatzform und als Vorläufer des Kaufes voranzuschicken.

„Ursprung und Wurzel eines jeglichen Handelsverkehrs ist der Tausch. Er stellt die primitivste Güterumsatzform dar. Sein Auftreten beendet die Epoche der geschlossenen Hauswirtschaft“ [3]). Diese ist eine Wirtschaftsstufe, bei welcher das „Haus“, die Familie, die etwa dem entsprach, was wir uns unter dem Begriffe der Sippe vorstellen, die Wirtschaftseinheit bildete. Innerhalb dieser Familiengemeinschaft wurde im wesentlichen alles das erzeugt, was für die Lebensführung notwendig war. „Das sich stetig vermehrende Bedürfnis und die nähere Berührung mit dem Nachbarn weckten den Wunsch nach allerlei Bedarfsgegenständen, die man selbst nicht kannte oder nicht zu verfertigen vermochte. Als Gegenleistung bot man eigene, entbehrliche Gegenstände an

1) Enneccerus, Lehrbuch, Recht d. Schuldverhältnisse, ebenda.
2) Staudinger, S. 287.
3) Strigl, „Der Tausch“, im Handb. d. Staatswissensch., Bd. 8, 4. Aufl., 1928.

und auf dieser Basis von Bedürfnis einerseits und Ueberfluß andererseits entwickelte sich die Epoche der Tauschwirtschaft.

Der weiteren Entwicklung stellte sich zunächst der Umstand hemmend entgegen, daß die Zahl der an dem Güterumsatz beteiligten Personen gering war, weil ein Tausch nur zustande kommen konnte, wenn der andere Teil, dessen Leistung begehrt wurde, auch Interesse an der Gegenleistung hatte“ [1]). Diese Schwierigkeiten führten dazu, als Gegenleistung leicht umsetzbare, allgemein anerkannte Tauschmittel zu verwenden, „zunächst wohl in der Hauptsache Felle, Vieh, Getreide, späterhin hingegen Metalle“ [2]), Die letzteren wurden in der Folgezeit als Wertmesser immer gebräuchlicher, als solche vom Staate anerkannt und schließlich in bestimmte Formen und Gewichtsmengen geprägt. Damit war das Geld im heutigen Sinne geschaffen und im Güterverkehr trat der Kauf an die Stelle des Tausches

Der Kauf verdrängte mit weiter fortschreitender Entwicklung nicht nur den Tausch, sondern gewann ihm gegenüber eine solch überwiegende Bedeutung, daß er im BGB. an erster Stelle und in eingehender Weise geregelt wurde, während des Tausches nur in einer einzigen Bestimmung gedacht ist. Dabei wäre vor allem eine Begriffsbestimmung des letzteren im Hinblick darauf, daß die Uebergänge zwischen Kauf und Tausch fließend sind und dessen Abgrenzung von „Doppelkauf“ schwierig sein kann, wünschenswert gewesen. „Für das Fehlen einer Legaldefinition können mehrere Gründe maßgebend sein; einmal kann sie entbehrlich sein im Hinblick auf eine im Laufe der Rechtsgeschichte erfolgte Feststellung des Begriffs oder weil es der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben soll, den Tausch genau abzugrenzen und zu charackterisieren, oder weil dem Institut eine so geringe wirtschaftliche Bedeutung beigemessen wurde, daß

1) Strigl, a.a.O.
2) Roscher, §§ 116/117.

ein näheres Eingehen keinen praktischen Nutzen versprach[1]).

Im Hinblick auf das Ziel der Arbeit erweist sich eine Definition des Tausches als notwendig, um eine scharfe Abgrenzung besonders gegenüber dem Doppel-Kaufe ziehen zu können, dessen Wesen später noch ausführlich erörtert werden soll[2]).

Im Entwurf I eines Bürgerlichen Gesetzbuches lautete der damalige § 502, jetzige § 515 folgendermaßen: „Auf den Tauschvertrag finden die Vorschriften über den Kaufvertrag entsprechende Anwendung. Jeder der Vertragschließenden ist in Ansehung der von ihm versprochenen Leistung gleich einem Verkäufer und in Ansehung der ihm zugesicherten Leistung gleich einem Käufer zu beurteilen." Der zweite Satz dieser Stelle im Entwurf wurde von der zweiten Kommission als überflüssig, nicht als unrichtig gestrichen, „da er einen materiellen Rechtssatz nicht aufstellt"[3]).

Wenn nun auch Satz 2 zur näheren Bestimmung der Stellung der beiden Tauschkontrahenten zutreffend ist, so darf man deswegen noch nicht „den Tauschvertrag geradezu als doppelten Kaufvertrag auffassen"[4]). Wenn dies damit begründet wird, daß „wir uns zugleich gewissermaßen zwei Verkäufern und zwei Käufern gegenübersehen und anschließend doch noch gewisse Bedenken dahingehend geäußert werden, es sei „freilich nicht außer acht zu lassen, daß in dem Begriffe des Verkäufers außer der Verpflichtung zur Uebertragung eines Gutes gleichzeitig das Recht auf Erhalt einer Geldleistung stecke und umgekehrt in dem des Käufers außer dem Recht auf Uebereignung eines individuellen Wertes noch die Verpflichtung zur Leistung eines Geldbetrages enthalten sei", so ist das richtig. M. E. sind aber die letzteren Anführungen nicht geeignet, die Annahme, daß im Tausch ein

1) Lemke, Diss. S. 44.
2) Entw. I zum BGB., § 502.
3) Prot. II, S. 130; Staudinger, S. 289.
4) Witte, Diss. S. 12.

doppelter Kaufvertrag enthalten sei, im geringsten zu widerlegen. Denjenigen, welcher den Tausch als doppelten Kaufvertrag ablehnt, darf nicht der Gesichtspunkt leiten, daß für das Vorliegen zweier Kaufverträge auch zwei Geldleistungen wesentlich seien, die natürlich beim Tausch fehlen, sondern der Umstand, daß der Begriff des doppelten Kaufvertrages oder „Doppelkaufes" Merkmale aufweist, die eben niemals für den Tausch passen. Im weiteren Fortgang der Arbeit wird noch ausführlich zum Begriff des Doppelkaufs Stellung genommen.

Wenn man sich aber, wie Witte, den Tausch aus zwei Verträgen zusammengesetzt denkt, so können dies nach dem soeben Gesagten nicht zwei selbständige Kaufverträge sein, sondern solche, die in einem so gearteten Bedingungsverhältnis zu einander stehen, daß die Geltung des einen Vertrags von der des anderen abhängig ist. Dieses Rechtsgebilde deckt sich nicht mit dem oben erwähnten Doppelkaufsbegriff im eigentlichen Sinne, „denn beide Verträge dienen der Ausführung der Tauschabsicht, kommen deshalb nicht gesondert in Betracht wie zwei selbständige Kaufverträge, sondern bilden Teile eines einheitlichen Tauschvertrages",[1]) wobei die Frage, ob es sich trotz des Bedingungsverhältnisses noch um wirkliche Käufe im Sinne der §§ 433ff. BGB. handelt, strittig ist. M. E. ist sie zu verneinen, denn auch bei dieser Konstruktion eines Tausches geht die Absicht der Parteien eben nicht mehr auf einen Umsatz von Ware gegen Geld, wie es typisch ist für den Kauf des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern auf die beiderseitige Verschaffung von Waren. Das Bedingungsverhältnis hat nur den einen Zweck, den Güterumsatz, an dem beide Parteien interessiert sind, zu sichern, denn sonst bräuchte man nicht die Erfüllung des einen Vertrages von der des andern abhängig zu machen. Die Parteien wollen von Anfang an einen Tausch und kleiden diesen statt in einen einheitlichen Vertrag in einen bedingten mehrfachen Kauf. Deshalb möchte ich die Mög-

1) JW. 1898, S. 307.

klicheit, „einen Tauschvertrag in Form von zwei gegenseitig bedingten Käufen zu schließen“ [1]), ablehnen.

Die Motive bemerken zu dem § 502 des Entw. I: „Der Tausch unterscheidet sich von dem Kauf dadurch, daß er nicht auf Leistung eines individuellen Wertes gegen Bezahlung eines (Kauf-)Preises, sondern auf den Umsatz eines individuellen Wertes gegen einen andern individuellen Wert gerichtet ist“ [2]). „Der Schwerpunkt des Tauschbegriffes liegt somit gewissermaßen in einer Negative, nämlich darin, daß gegen den Vertragsgegenstand die anderseitige Leistung nicht mit Geld in seiner Funktion als Wertmesser abgemacht wird“ [3]). Die Ausschaltung des Geldes als Äquivalent für einen Sachwert bildet demnach das kennzeichnende Merkmal des Tausches.“ Vergleicht man Kauf und Tausch, so läßt sich insoweit in den Vertragsleistungen Identität feststellen, als bei beiden Rechtsgebilden seitens einer Partei ein individuell bestimmter Gegenstand zu leisten ist. Eine Verschiedenheit aber ist vorhanden, in den von den Gegenparteien zu erbringenden Leistungen. Der Verkäufer bezweckt das Erhalten von Geld, während beim Tausche der Gegenkontrahent eine andere Sache als Geld zu erlangen sucht“ [4]).

Als Objekt eines Tausches kommt alles in Betracht, was Gegenstand eines Kaufes sein kann [5]). Es können also auch Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind, ausbedungen werden, denn auch ein Kaufvertrag ist

1) Ebenda.

2) Mot. II, S. 366.

3) Staudinger, S. 288.

4) Witte, Diss. S. 4.

5) Als Tauschgegenstand wird ferner inländisches Währungsgeld beim „Geldwechseln“ angesehen, so z. B. Planck, § 433, 3; Staudinger, Erl. zu § 433, V 2a und Warneyer, § 433, II; Witte, S. 7. A. M.: Oertmann, in Ehrenbergs Hdb. 4 Bd., II S. 355; RGRK. § 433, 3b. Das Geldwechselgeschäft wird wohl als ein besonderes Geschäft, also weder als Tausch noch als Kauf anzusehen sein; denn es stehen sich hier nicht Ware gegen Geld oder Ware gegen Ware, sondern Geld gegen Geld gegenüber und zwar in seiner Eigenschaft als Wertmesser. Denn der Begriff des „Geldes“ ist in diesem Zusammenhang nicht der Ware gleichzusetzen.

dadurch hinreichend bestimmt, daß der Gegenstand der Lieferung nur der Gattung nach bezeichnet wird [1]). Daß beim Tausche von einer individuellen Sachleistung die Rede ist, steht nicht entgegen denn damit soll nur der Gegensatz zum Äquivalent Geld herausgestellt werden.

In den am Anfang dieser Arbeit erwähnten Definitionen des uneigentlichen Barattogeschäfts stoßen wir fast immer auf die Wendung „die Parteien haben sich Waren zu liefern, die in Geld veranschlagt werden". Da nun die rechtliche Natur des Geschäfts von einer Ansicht als Tausch beurteilt wird, entsteht bei der näheren Erörterung des Tauschbegriffes die strittige Frage, ob mit demselben eine Wertbezifferung überhaupt zu vereinbaren sei; wäre dies zu verneinen, so müßte das uneigentliche Barattogeschäft als Tausch schon aus diesem Grunde abgelehnt werden. Uebereinstimmung besteht lediglich bezüglich der Tatsache, daß eine stillschweigende Bewertung keinen Einfluß hat auf das Vorliegen eines Tausches.

Sieht man im Tausch einen Vertrag, durch den die Parteien zum gegenseitigen Umsatz von individuellen Werten verpflichtet werden, „ohne daß die Objekte zum Zwecke des wirtschaftlichen Ausgleiches ausdrücklich zahlenmäßig abgeschätzt werden" [2]), so drückt man das Rechtsinstitut des Tausches mehr oder minder zu einem theoretischen Begriff herab, für den im praktischen Rechtsleben nicht mehr viel Platz ist. Dies ergibt sich aus dem einfachen Grund, daß „ein Tausch von einigermaßen bedeutenden Objekten ohne Zurückführung auf den gemeinschaftlichen Nenner des Geldes nicht leicht vorkommt" [3]). Bernstein [4]) hält seine Ansicht, daß ein zahlenmäßiges Veranschlagen der Tauschgegenstände der Annahme eines Tausches stets entgegenstehe, mit der Natur desselben für verträglich, da es gerade in seinem Wesen liege, daß

1) Siehe BGB. §§ 480, 491, deren Inhalt dies zur Voraussetzung hat.

2) Bernstein, Diss. S. 31.

3) Bechmann, S. 172.

4) Bernstein, S. 8, 33.

sich die Parteien über die Werte der zu vertauschenden Sachen im Augenblick des Tausches meist gar nicht klar seien. Durch die ausdrückliche Bezifferung des Wertes der Tauschobjekte sei der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts deshalb ein ganz anderer geworden, weil er beim Tausch gerade auf die ganz spezielle, individuell bestimmte Gegenstandsleistung gerichtetsei. Jede Partei zeige durch die ausdrückliche Abschätzung, daß sie den Gegenstand nur für einen bestimmten Wert wolle. Damit sei der Wille jeder Partei nicht mehr nur auf die Sachleistung, sondern auch auf die Wertleistung gerichtet, was aber unvereinbar sei mit dem Tauschbegriff.

Bernsteins Beweisführung genügt nicht, um seine Auffassung zu begründen. Zunächst wählt er einen Ausgangspunkt für seine Untersuchungen über das Vorliegen eines Tausches, den man von vornherein deswegen ablehnen muß, weil mit ihm Zufälligkeiten entscheidend sind für die Frage, ob ein Tausch anzunehmen ist. Er richtet nämlich sein Hauptaugenmerk darauf, ob die Parteien, „in ihrem Innern“ [1]) d. h. stillschweigend, die Schätzung vorgenommen haben oder ausdrücklich. Im ersteren Falle nimmt auch er noch das Vorhandensein eines Tausches an. Es wird aber in der Praxis sehr leicht vorkommen, daß die Parteien, nachdem sie Tauschgegenstände bewertet haben, das Ergebnis ihrer Veranschlagung auch dem Gegner gegenüber zum Ausdruck bringen, vielleicht zwecks Ausgleiches der Wertdifferenz. Ferner wird es nur ganz wenige Tauschakte geben, wahrscheinlich nur solche, die geringwertige Leistungen zum Gegenstand haben, bei denen sich die Parteien in vollkommener Unkenntnis über die Werte der auszutauschenden Objekte befinden: Bernstein bezeichnet dies u. a. gerade als Wesensmerkmal des Tausches. Schließlich ist durch nichts bewiesen, daß die Parteien durch eine ausdrückliche Wertung zum Ausdruck bringen, es sei ihnen nicht mehr in erster Linie um die Sachleistung, sondern um die Wertleistung zu tun. Eine ausdrückliche Wertberechnung kann natürlich auch den

1) Bernstein, S. 32.

umgekehrten Schluß zulassen; aber man darf weder das eine noch das andere verallgemeinern, sondern muß im Einzelfalle die Absicht der Parteien zu finden suchen.

Bei Entscheidung der Frage, ob ein „Veranschlagen in Geld“ mit dem Tauschbegriff zu vereinbaren sei, muß der Doppelsinn der Wendung „In Geld veranschlagen“ beachtet werden. Eine Ware wird in Geld veranschlagt, wenn ihr Wert abgeschätzt wird — „was als Verstandesoperation wohl regelmäßig von jeder Partei bei einem Warenumsatzgeschäft über einigermaßen bedeutende Objekte vorgenommen wird, um durch eine Wertvergleichung einen Maßstab für die Höhe des Betrages zu finden, der von dem Erwerber des höherwertigen Gegenstandes dem anderen Vertragsteil zu gewähren ist“ [1]). Es soll festgestellt werden, ob jeder der am Vertrag Beteiligten bei dem Austausch auf seine Kosten kommt.

Eine ausdrückliche zahlenmäßige Schätzung des Wertes kann aber auch die Bedeutung einer Wertfestsetzung in dem Sinne haben, daß der von den Parteien bestimmte Wertbetrag als Geldleistung begehrt wird. Der Preis ist hierbei wirklicher Leistungsgegenstand. Demgemäß geht die Absicht der Parteien auch nicht mehr auf den individuellen Gegenstand des Vertragpartners, sondern auf den ziffernmäßig festgestellten Wertbetrag. „Jede Partei will die Gegenleistung nur für einen bestimmten Wert haben und hätte diesen auch mit Geld beglichen (und begleichen müssen, da es sich um eine Vertragsverpflichtung handelt), wenn nicht gerade die Gegenseite bereit gewesen wäre, bestimmte andere Gegenstände in Zahlung zu nehmen“ [2]). Ergibt sich also durch Auslegung des Parteiwillens, daß ein ausdrückliches „Veranschlagen in Geld“ in diesem Sinne aufzufassen sei, dann ist die Annahme eines Tausches ausgeschlossen.

So ist eine ausdrückliche zahlenmäßige Schätzung der Tauschgegenstände wohl mit dem Begriffe des Tau-

---

1) Bechmann, S. 172; RG. 73/88.
2) Folkerts, Diss. S. 15.

sches in Einklang zu bringen[1]). Für den Tauschbegriff welcher dieser Arbeit zugrunde gelegt ist, ergibt sich zusammenfassend, daß er auf den Umsatz eines individuellen Wertes gegen einen anderen individuellen Wert gerichtet ist, daß aber den Parteien nicht an dem Austausch von Sachleistungen gelegen ist, wenn nicht nur zwecks Ausgleichs der Gegenstände untereinander eine Veranschlagung in Geld vorgenommen wurde, sondern wenn die Preisfestsetzung den Zweck hat, eine Geldgegenleistung näher zu bestimmen. Erst dann kann man, wenn auch die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, von einem Geschäft sprechen, „das als Doppelkauf mit kompensierten Kaufpreisen zu beurteilen ist“[2]). Bernstein will nämlich, „sobald die Leistungen abgeschätzt werden“, ein solches Rechtsgebilde annehmen, weil er eben von einer stillschweigenden oder ausdrücklichen Bewertung ausgeht und dabei diesen Begriff nur im Sinne einer „Geldfestsetzung als Gegenleistung“ auffaßt. Daß er dabei gleichzeitig in dem oben erwähnten Doppelkauf das uneigentliche Barattogeschäft sieht und sich damit auf die Seite der Autoren stellt, die dessen Bewertung als Tausch ablehnen, wird noch an einer späteren Stelle gewürdigt werden.

§ 3. Tausch und Kauf mit Nebenleistungen.

Aus den eingangs der Arbeit gebrachten Definitionen des uneigentlichen Barattogeschäfts wurde ersichtlich, daß bei diesem „die für die beiden hinzugebenden Waren angesetzten Preise nicht gleich hoch zu sein brauchen, sondern daß der eine Teil dem anderen zur Ausgleichung der Werte noch eine Zahlung machen kann“[3]). Dieser wirtschaftliche Vorgang, der einerseits in einer Warenlieferung, andererseits in der Leistung von Ware und barem Geld besteht, ist beim uneigentlichen Barattogeschäft keine Ausnahmeerscheinung. Da nun dasselbe von einer Ansicht[4]) als Tausch beurteilt wird, bedarf zunächst die Frage

1) Oertmann in Ehrenb. Hdb. S. 334.
2) Bernstein, S. 8.
3) ROHG. 5/418.
4) Staudinger, Warneyer, Oertmann.

einer näheren Betrachtung, ob der Umsatz von Ware gegen Ware und Geld überhaupt mit dem Tauschbegriff zu vereinbaren ist.

Dabei soll zunächst die Möglichkeit einer Sachleistung neben einer Geldleistung beim Kaufvertrag untersucht werden, um daraus die für den Tausch wesentlichen Erkenntnisse zu gewinnen. Auszuscheiden haben die Fälle, in denen die der einen Partei obliegende Verpflichtung zur Leistung von Geld und Sache nicht auf einem Vertrage, sondern auf mehreren selbständigen Vereinbarungen, insbesondere auf einem Doppelkauf beruht. Die Würdigung der Tatbestände, die eine Mehrheit materiellselbständiger Verträge darstellen, bleibt dem Abschnitt über den Doppelkauf vorbehalten. Die folgenden Erörterungen erstrecken sich nur auf den Fall, daß der erklärte Parteiwille ergibt „die Beteiligten haben die auf Grund der Vereinbarungen geschuldeten Leistungen als eine tatsächliche und wirtschaftliche Einheit angesehen“ [1]), denn nur dann kann man sagen, daß die von der einen Seite zu erfüllenden verschiedenartigen Verpflichtungen auf einem einheitlichen Vertrage beruhen. Die Behandlung solcher Verträge, denen zufolge die eine Seite eine Ware hingibt während die andere Ware und Geld [2]) zu leisten hat, ist strittig. Ein Doppelkauf liegt nicht vor, da dieser aus zwei selbständigen Kaufverträgen besteht, unsere Untersuchung aber nur die Rechtslage behandeln soll, daß sich auf Grund eines einzigen Vertrages Ware gegen Ware und Geld gegenüberstehen [3]). Nach unserer Auffassung kann jeweils nur ein Kauf oder Tauschvertrag vorliegen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keine Entscheidung der Frage, ob der Kaufbegriff neben einer Geldleistung

1) Planck, Vorb. 4 vor d. VII. Abschn.; Schreiber in IheringsJ. 60/116.

2) In diesem Zusammenhang sollen andere Fälle der „gemischten Verträge“ nicht berücksichtigt werden, da nur die Vereinbarkeit des Kaufes oder des Tausches mit einer zusätzl. Waren- bezw. Geldleistung erörtert werden soll.

3) Bernstein, bejaht einen Doppelkauf, worauf noch an einer anderen Stelle eingegangen werden soll, siehe S. 8.

eine Sachleistung zuläßt, bezw. ob es möglich ist, bei einem Tausch neben der Leistung eines Gegenstandes eine Geldleistung zu erbringen. Der § 460 des I. Entw. lautete: „Der Kaufpreis muß in Geld bestehen. Neben dem in Geld festgesetztem Kaufpreis können Leistungen anderer Art bedungen, auch kann vereinbart werden, daß solche Leistungen zu einem bestimmten Geldanschlage an die Stelle des Geldpreises treten sollen". Die Motive[1]) bemerken hierzu: „Hat der Erwerber sich zur Zahlung einer Geldsumme und außerdem noch zu anderen Leistungen verpflichtet, so kann es zweifelhaft sein, ob ein Kauf oder ein anderes Rechtsgeschäft vorliegt. Die Entscheidung darüber, ob das Hauptgewicht auf das Verhältnis des Wertes der anderen Leistungen zum Geldpreise oder auf die Bezeichnung des Geschäfts und den daraus herzuleitenden Willen der Parteien, sich den betreffenden Rechtsnormen zu unterwerfen, zu legen sei, müsse der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben".

Wenn auch die Vorschrift des § 460, Entw. I nicht in das BGB. aufgenommen wurde und hier nur die Rede davon ist, daß der „Käufer verpflichtet ist, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen", so ergibt sich sowohl aus den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung[2]) als auch besonders aus § 473 BGB., daß der Kaufpreis in Geld bestehen muß, daß aber neben dem Geldpreis beim Kauf andere Leistungen möglich sind. Steht dies aber fest, so ergibt sich aus § 515 BGB., daß auch beim Tausch neben den nicht in Geld bestehenden Leistungen eine Zuzahlung in Geld vereinbart sein kann[3]), daß also ein Tausch nicht durch eine andere Nebenleistung ausgeschlossen wird.

Grundsätzlich ist damit auch im Hinblick auf das zu untersuchende uneigentliche Barattogeschäft die Frage, ob ein Tausch bei einem Umsatz von Ware gegen Ware und Geld möglich sei, bejaht.

1) Mot. II, S. 321.
2) Prot. Bd. II, S. 56, IV.
3) Planck, Kom. § 515/1; Staudinger § 515, II a.

Wo ist nun aber die Grenze, d. h. wann ist Kauf und wann ist Tausch gegeben, wenn ein Vertrag vorliegt der einerseits auf die Lieferung einer Ware, andererseits auf die Leistung von Ware und Geld gerichtet ist? Nach einer Auffassung[1]) liegt Kauf dann vor, wenn die Geldleistung im Vergleich zum objektiven Wert der Sachleistung überwiegt, während im umgekehrten Fall Tausch anzunehmen ist. Es werden hierbei die Worte „Hauptleistung" und „Nebenleistung" einander gegenüber gestellt, je nachdem die Sach- oder Geldleistung wertmäßig höher ist.

Auch wenn zugegeben werden muß, daß damit in den meisten Fällen der dem Geschäft zugrundeliegenden Parteiabsicht Rechnung getragen wird, so scheint mir bei dieser Frage zu sehr auf eine Äußerlichkeit abgestellt zu sein[2]), denn angenommen, die Geldleistung habe einen höheren Wert als die Sachleistung, so wird es den Parteien wohl hauptsächlich auf die erstere ankommen. Wie soll jedoch in den Fällen mittels obiger Gegenüberstellung von Haupt- und Nebenleistung entschieden werden, bei welchen der Wert von Sach- und Geldleistung sich die Wage hält, sodaß wertmäßig nicht eine Leistung als die Hauptleistung anzusehen und der anderen nur untergeordnete Bedeutung zuzuerkennen ist? Man käme hier zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß ein einheitlicher Vertrag in zwei Rechtsgeschäftstypen zerlegt würde. Dies stünde aber nicht mit der Absicht der Parteien in Einklang die auf eine „tatsächliche und wirtschaftliche Einheit der Leistungen gerichtet ist"[3]).

Um diese dem Parteiwillen zuwiderlaufenden Folgen zu vermeiden, muß m. E. ein anderer Gesichtspunkt für die Einreihung eines Geschäfts mit Nebenleistungen unter Kauf oder Tausch herausgestellt werden. Das Hauptgewicht ist nicht auf das Ueberwiegen von Sach- oder Geld-

1) Dernburg Bd. II, § 199, S. 135; Planck, § 515, 1; Kuhlenbeck, Vorb. vor § 515.

2) Siehe auch Folkerts, S. 13; Lemke S. 47.

3) IheringsJ. 60/117.

leistung zu legen, sondern auf das Wesen und den Inhalt des jeweils zu beurteilenden Vertrags. „Es kommt darauf an, ob das gemischte Geschäft seinem Hauptinhalte nach die oben festgesetzten Merkmale des Kaufes oder Tausches aufweist“ [1]). Während beim Kauf dem Verkäufer daran gelegen ist, für seine hingegebene Leistung in erster Linie Geld zu erlangen, will beim Tausch jede Partei einen individuellen Gegenstand des Gegners erwerben; sie hat stärkstes Interesse daran, gerade den dem anderen Partner gehörigen Vermögenswert zu erlangen. „Wo dieses Interesse fehlt, wird kein Tausch zustande kommen, wo es nur einseitig vorhanden ist, der andere Teil aber ausschließlich oder vorwiegend Geld für seine Sachhingabe begehrt, tritt der Kaufcharakter des Geschäftes hervor“.[2]) Dabei kann es keinen Unterschied machen, daß im Einzelfall die nebenher zum Ausgleich der Wertverschiedenheit bezahlte Geldsumme einen höheren Wert hat als die Sachleistung, wenn nur die Vertragsbeteiligten wollen, daß die unmittelbare Leistung eines jeden in der Verschaffung eben dieses Gegenstandes bestehen soll. Dies gilt für den Kauf entsprechend. Dem könnte entgegengehalten werden, daß eine „Nebenleistung“ wertmäßig nicht höher sein könne, als eine „Hauptleistung“. Bernhöft[3]) betont die Zweideutigkeit des Wortes „neben“; denn es könne damit zum Ausdruck gebracht werden, daß es sich bei einer Nebenleistung um eine Leistung von untergeordneter Bedeutung handeln müsse, also um eine Nebenleistung im eigentlichen Sinne des Wortes; aber auch eine andere Sinndeutung sei möglich; nämlich „Nebenleistung“ als „Leistung anderer Art daneben“ [4]). Diese Auslegung ist maßgebend. Man wird damit vor allem der Forderung gerecht, daß bei Zweifeln über das Vorliegen dieser oder jener Vertragsart von dem Wesen der-

1) Folkerts, S. 16.

2) Warschauer in Z. d. Not. V. 1911, S. 816.

3) Bernhöft bei Bekker u. Fischer, Beitr. Heft 12, S. 34.

4) Art. 406 d. Dresdner Entw. eines altg. deutschen Obligationenrechtes; siehe auch RG. 33/47 Mitte.

selben auszugehen ist. Besonders aber wird bei Gleichwertigkeit der andersartigen Leistungen ein willkürliches Einordnen unter einen Rechtsgeschäftstypus vermieden, was bei dieser Sachlage unumgänglich wäre da man je zur Hälfte die Merkmale eines Tausches und die eines Kaufes vor sich hätte und eine Zerreißung des einheitlichen Vertrages unbillig, weil ungewollt wäre.

Als Ergebnis ist demnach herauszustellen, daß eine Entscheidung in zweifelhaften Fällen, davon auszugehen hat, ob nach der Absicht der Beteiligten Geld oder ein individualisierter Sachwert den maßgeblichen Bestandteil einer Leistung bilden soll[1]).

Dem Bedenken, daß demnach eigentlich der Parteiwille in Verbindung mit dem Geschäftszweck über die Frage — Kauf oder Tausch mit Nebenleistung? — zu befinden habe, kann entgegengehalten werden, „daß einem solchen Willen eher entscheidende Bedeutung beizumessen ist als äußeren Merkmalen“,[2]) und daß „die Unterscheidung nicht an der Oberfläche bleibt“[3]).

Daß Bernstein[4]) die Rechtslage, bei der von der einen Seite eine Sache, von der anderen eine Sache und Geld hingegeben wird, als doppelten Kaufvertrag charakterisieren will, wurde schon früher erwähnt. Diese Stellungnahme ergibt sich aus seiner Definition des Tausches. Nach seiner Ansicht haben die Parteien in der überwältigenden Mehrzahl der Fälle, im Zweifel könne man sagen, dort wo zur Geldleistung eine Sache oder zur Sachleistung Geld hinzugefügt wird, durch diese „Draufgabe“ ihre Leistung abgeschätzt. Es könne also vom Tausch keine Rede sein, denn dieser sei ja nur vorhanden, „wenn die Objekte zum Zwecke des wirtschaftlichen Ausgleiches nicht ausdrücklich zahlenmäßig abgeschätzt würden“[5]). Zu dieser Auffassung wurde schon früher Stellung genommen, ins-

1) Siehe auch RGRK. Bem. 1 zu § 515.
2) Folkerts, S. 17.
3) Lemke, S. 47.
4) Bernstein, S. 10, 37.
5) Ebenda, S. 7, 31.

besondere wurde festgestellt, daß eine ausdrückliche Veranschlagung eines Gegenstandes in Geld wohl mit dem Tauschbegriffe vereinbar ist.

Abschließend möchte ich die in diesem Abschnitt gewonnene Auffassung dahingehend zusammenfassen, daß gemäß der Vorschrift des § 473 für den Kauf Nebenleistungen als zulässig erachtet werden, und „daß — dies folgt aus § 515 BGB. — beim Tausch neben den nicht in Geld bestehenden Leistungen eine Zuzahlung in Geld vereinbart werden kann“ [1]). Damit wird die am Anfang dieses Abschnittes aufgeworfene Frage, ob der Tauschbegriff eine Nebenleistung zuläßt, bejaht und festgestellt, daß die Wertverschiedenheit von Tauschgegenständen im Wege einer Abschätzung errechnet und durch ein „Daraufzahlen“ ausgeglichen werden kann.

§ 4. Der „Doppelkauf“begriff und seine Abgrenzung vom Tausch.

Worin besteht das Wesen des Doppelkaufs? Bei ihm sind — wie schon der Name sagt, — zwei Kaufverträge vorhanden. Jeder der daran Beteiligten verkauft dem andern einen Gegenstand, wobei infolge vollständiger oder mindestens teilweiser Aufrechnung der Kaufpreise eine Barzahlung nicht oder doch nur in Höhe eines Restbetrages, der bei nur teilweiser Kompensation verbleibt, geleistet wird.

Wirtschaftlich handelt es sich beim Doppelkauf um den Umsatz von Ware gegen Ware und evt. eine Ausgleichszahlung in Geld seitens des Vertragsteils, der das minder wertvolle Gut leistet. Daß im Ergebnis auch durch den Tausch ein solches Umsetzen von Gütern bewirkt wird, ergibt sich aus den Erörterungen des vorhergehenden Abschnitts. „Demnach weist der Doppelkauf bei rein äußerer Betrachtung gewisse tauschähnliche Merkmale auf, während bei ihm umgekehrt trotz Hingabe der Waren zum vollen Preis die Zahlung als das nach außen hin am stärksten

1) Planck, § 515, 1; Staudinger, § 515, II a.

hervortretende Kennzeichen des Kaufes fehlt“ [1]). Der Doppelkauf ist also weder Kauf noch Tausch; „mit beiden verbindet ihn etwas; er vereinigt gewissermaßen ein Doppeltes in sich und steht zwischen beiden Rechtsgeschäften“ [2]).

Die Beurteilung eines strittigen Tatbestandes, bei dem sich äußerlich Ware gegen Ware bezw. Ware gegen Ware und eine Ausgleichszahlung gegenüberstehen, hat davon auszugehen, daß, soll ein Doppelkauf angenommen werden, die Merkmale des Kaufes bezw. zweier Käufe vorhanden sein, die des Tausches jedoch fehlen müssen; denn mit diesem hat er nur den Warenumsatz gemeinsam, während er rechtlich aus zwei Kaufverträgen besteht.

Nach welchen Gesichtspunkten wird nun ein zum Umsatz von Ware gegen Ware führender Geschäftsakt als Tausch bezw. Doppelkauf bewertet? Zugrundegelegt werden die den beiden Rechtsgeschäftstypen eigentümlichen Merkmale. Demnach kann kein Doppelkauf gegeben sein, „wenn der Zweck des Geschäfts darin besteht, individuelle Werte zu wechseln; oder wenn jede Seite unmittelbar das erhält, wessen sie bedarf, d. h., wenn jeder der zwei selbständigen Werte als das Motiv des ganzen Vertrages betrachtet werden kann. Hier wird vielmehr ein Tausch vorhanden sein, denn das Rechtsgeschäft führt direkt auf den beiderseitigen Wunsch der Parteien nach dem Besitz der in der Hand des anderen Teiles befindlichen Sache zurück.“ [3]). Demgegenüber muß ein Doppelkauf bejaht werden, wenn zwei Personen Waren hingeben, jede von beiden aber ihre Ware nur gegen Geld hingeben will, d. h. nur einen Umsatz von Ware gegen Geld beabsichtigt, „wobei im Endergebnis die Preise ganz oder teilweise im Wege der Aufrechnung getilgt werden sollen“ [4]).

Rein theoretisch mag man damit für die Abgrenzung des Tausches vom Doppelkauf Klarheit geschaffen haben.

1) Folkerts, S. 18.
2) Ebenda.
3) Flesch, in IheringsJ. Bd. 19, S. 330.
4) LZ. 1926, S. 1003.

Es gibt jedoch einzelne Umstände, deren Einflußmöglichkeiten eine scharfe Linie zwischen den strittigen Rechtsgebilden erschweren. Zunächst erhebt sich die Frage, ob es für die Unterscheidung von Tausch und Doppelkauf von Bedeutung sein kann, welche Bezeichnung die Parteien dem abzuschließenden Geschäft gegeben haben. Dies ist zu verneinen. „Bei der Entscheidung, welcher Vertragstypus gegeben ist, darf kein Gewicht darauf gelegt werden, daß nach dem Ausdruck der Vertragsurkunde von den Kontrahenten z. B. der Abschluß eines Tauschvertrages beabsichtigt ist“[1]). Es würde eine ungerechtfertigte Ueberbetonung des Parteiwillens bedeuten und demselben eine Bedeutung zuerkannt, die über die ihm im Rahmen des Rechts der Schuldverhältnisse zugebilligte Freiheit hinausgeht, wollte man einen Tauschvertrag dort bejahen, wo die Hauptvoraussetzungen desselben offensichtlich fehlen, nur weil die Parteien das Geschäft als Tausch bezeichnet haben. Trotzdem ist in allen Fällen der wirkliche Wille der Parteien zu erforschen und nicht schlechthin nach der äußeren Namensgebung des Geschäfts zu urteilen. Falls dasselbe nach seiner Struktur nicht den Erfordernissen eines bestimmten Vertragstypus entspricht, kann es lediglich durch die Bezeichnung nicht seinen Regeln unterstellt werden.

„Ebensowenig bestimmend für die Einordnung eines Rechtsgeschäfts unter eine gewisse Vertragsart ist die Absicht der Parteien, dieses oder jenes Geschäft abzuschließen“[2]). Maßgebend ist vielmehr, daß ein als Tausch bezeichnetes Geschäft nicht durch die Absicht der Parteien zu einem Tausch werden kann, wenn dessen Eigenschaften und Merkmale fehlen; ein Doppelkauf kann auf diese Weise niemals als Tausch beurteilt werden.

Hingegen ist das Vorliegen eines Doppelkaufs meist dann zu bejahen, wenn der Umsatz von Ware gegen Ware und evt. einer Ausgleichszahlung auf zwei Verträgen beruht, deren Abschluß zeitlich auseinanderfällt, — zugleich

1) RG. 50/286.
2) RG. in JW. 1897 S. 69.

ein Umstand, der der Bewertung eines Rechtsgeschäfts als einheitlichen Tauschvertrags grundsätzlich entgegensteht. Zu denken ist dabei vor allem an folgende Sachlage: nach Abschluß eines Kaufvertrages wird vereinbart, daß der Verkäufer, nachdem er die verkaufte Ware geliefert hatte, verpflichtet sei, bis zur Höhe des Kaufpreises andere Waren vom Käufer in Empfang zu nehmen. Hier liegt ein Doppelkauf vor und kein Tausch, denn es steht fest, daß der erste Vertrag ein Kaufvertrag ist. Die spätere Abmachung kann aus demselben deshalb keinen Tausch machen, „da bei diesem Sache gegen Sache hingegeben wird, während vorliegend eine Geldschuld für den Kaufpreis aus dem ersten Vertrag entstand und nur auf deren Abtragung sich das weitere Uebereinkommen bezog. Die Kombination der beiden Verträge hat nicht die Folge, daß der Verkäufer in dem einen oder anderen Kontrakt nie den Kaufpreis der von ihm gelieferten Ware, sondern nur die Lieferung der vom Gegner zugesagten, fordern könne. Vielmehr bleibt gerade, weil es zwei Kaufverträge sind, jedem Verkäufer der Anspruch auf den Kaufpreis“ [1]).

Aber selbst beim gleichzeitigen Abschluß von Abmachungen, inhalts deren sich der eine Kontrahent zur Lieferung einer Ware für einen bestimmten Preis verpflichtet und der andere dazu nach Empfang dieser Ware für deren Preis eine andere zu liefern, kann evt. von einem Doppelkauf gesprochen werden. Maßgebend ist, daß in diesem Fall „ein in einer bestimmten Geldsumme bestehender Preis für die beiderseitigen Lieferungen festgesetzt ist, sodaß also die Begriffsbestimmung des Kaufes auf das von jedem der beiden Partner abgegebene und entgegengenommene Versprechen paßt, in welchem der verabredete Preis sich als die Gegenleistung der beiderseitigen Lieferungen darstellt und somit das für den Kauf aufgestellte Kennzeichen des Umsatzes von Ware gegen Geld gegeben ist“ [2]).

1) ROHG. 5/418ff.; Leist in Zschr. f. Ziv. R, u. Proz. Bd. 17/378, 379; 17/364, 365; siehe auch Thöl, § 251 Anm. 2.

2) ROHG. 18/384ff.; SeuffArch. 13/299; Endemann S. 544.

Es könnte dagegen eingewendet werden, daß die beiden gleichzeitig abgeschlossenen Rechtsgeschäfte in enger Beziehung zueinander stehen, weil sie in einem einheitlichen Rechtsakt zustandegekommen seien. Dem ist zuzustimmen, andererseits kann dies nichts ausmachen, denn die zwei Kaufverträge müssen in Bezug auf die beiderseitigen Verpflichtungen als selbständige Verträge eben deshalb beurteilt werden, weil jeder von ihnen die gesetzlichen Erfordernisse eines selbständigen Rechtsgeschäfts — nämlich des Kaufs — in sich vereinigt.

Schließlich ist auch „der Ansatz der auszutauschenden Gegenstände zu einem bestimmten Wertbetrag nicht geeignet, mit Sicherheit anzugeben, welchen rechtlichen Charakter die zu untersuchenden Abmachungen haben“ [1]). Eine bloße Schätzung der getauschten Sachen aus Anlaß des Tausches macht den Tausch noch nicht zum Doppelkauf; denn ein reiner Tauschhandel, d. h. „ein Auswechseln von Gegenständen von verschiedenen Eigentümern unmittelbar gegeneinander“ [2]), ohne zahlenmäßige Abschätzung dürfte eine Seltenheit sein und im heutigen Verkehrsleben nur noch wenig vorkommen. „Stillschweigend wird eine solche wohl bei den meisten Tauschgeschäften erfolgen, und ihre ausdrückliche Erklärung macht nichts aus;[3]) „Tauschpreise“ können solange der Annahme eines Tauschvertrages nicht entgegenstehen, als ersichtlich ist, daß sie nicht als erschöpfende Gegenleistung, sondern nur zu dem Zwecke angegeben sind, um durch ihre Vergleichung einen Maßstab für die Höhe des Betrages zu finden, der vom Erwerber des wertvollen Gegenstandes noch zu gewähren ist, um ein wertmäßiges Mißverhältnis zwischen beiden Leistungen auszugleichen. Von Warschauer wird ausdrücklich betont[4]), daß selten ein Tausch vorkomme, bei dem nicht die Wertverschiedenheit der Tauschgegenstände einen Ausgleich durch Zahlung nach der einen Seite hin erfordere.

1) LZ. S. 1002—3, 1926; siehe auch Adler, ArchZivPr. 109/321 ff.
2) B. OLG. 14/91.
3) Oertmann, Ehrenb. Hdb., S. 334.
4) Z. d. Not. V. 1911, S. 816.

Daraus kann der Schluß gezogen werden, daß im Verkehrsleben ungerechte Vermögensverschiebungen vermieden werden sollen, und daß beim Tausch ein Werten von Gegenständen, sei es stillschweigend oder „durch gegenseitige Verständigung und Uebereinkunft“ [1]) üblich und für den Tauschbegriff geradezu eigentümlich ist; denn wenn man von einer Zahlung zwecks Wertausgleiches der Tauschobjekte spricht, bejaht man doch gleichzeitig die Möglichkeit des Veranschlagens in Geld, durch das man erst zur Feststellung einer ausgleichenden Wertdifferenz kommen kann.

Es kommt somit entscheidend darauf an, zu welchem Zweck der Preisansatz bei einem als Tausch oder Doppelkauf zu beurteilenden Rechtsgeschäft erfolgt ist. Um als wesentliches und damit den Unterschied vom Tausch betonendes Merkmal eines Doppelkaufes zu erscheinen, muß die Veranschlagung in Geld die Tatsache ausdrücken, daß von Anfang an Geld gewollt ist [2]). Der Preis soll nicht die Rolle eines Wertmessers in der Richtung spielen, daß der Betrag festgestellt werden soll, um den der höherwertige Gegenstand den anderen an Wert übersteigt, sondern er muß beim Doppelkauf als Inhalt der Gegenleistung bestimmt sein. Hierbei ist der Preis nicht Ausdruck einer in der Natur der Dinge liegenden Tatsache, „daß jeder seine Vermögenstücke dann, wenn ihre Veräußerung in Frage steht, zu einem bestimmten Wert ansetzt, vielmehr soll er hier den Umfang der jeweiligen Käuferverpflichtung näher umschreiben“.

Das bedeutet aber, daß sich beim Doppelkauf zwei Personen nicht als Parteien eines einheitlichen Vertrages gegenüberstehen, sondern als Parteien in zwei selbständigen Kaufverträgen. Jeder Kontrahent ist Verkäufer innerhalb eines Vertrages, durch den er seine Sachleistung gegen eine Geldzahlung (als Käuferverpflichtung) hingeben will. Daß rein äußerlich von einer Seite die zu einem

1) Bechmann, II, S. 172.
2) Ebenda.
3) Vgl. Folkerts, S. 10.

Hauptmerkmal des Kaufvertrages gewordene Zahlung nicht erfolgt, steht dem Doppelkauf nicht entgegen; es darf daraus auch nicht geschlossen werden, daß die beiden Kaufverträge in einer engeren tatsächlichen oder rechtlichen Verbindung stehen, als sie durch die rein äußerliche Aufrechnung zum Ausdruck gebracht sind. Wie nun die Aufrechnung keine Konnexität erfordert, so stehen auch die als Doppelkauf bezeichneten zwei Kaufverträge gänzlich unabhängig nebeneinander, sodaß der eine von ihnen auch dann zustandekommen müßte, wenn der andere nicht abgeschlossen wird. Dies erklärt sich aus dem Umstand, daß beim Doppelkauf jede Partei in erster Linie für die Hingabe eines individuellen Gegenstandes als Gegengabe eine Geldzahlung begehrt. Daraus folgt für das Wesen dieses Rechtsgebildes, daß beide Verträge in völliger wirtschaftlicher und rechtlicher Unabhängigkeit von einander geschlossen werden. Die Veräußerung der einen Ware erfolgt nicht zum Zwecke oder im Hinblick auf die begründete Aussicht, vom Kontrahenten auch eine Ware käuflich zu erwerben, deren er notwendig bedarf. Auch ohne die begehrte, aber im Besitze des anderen Vertragspartners sich befindende Sache zu erhalten, muß er seine Sache verkaufen wollen, denn sonst wäre die Absicht der Parteien nicht mehr auf die für den Doppelkauf wesentliche Geldleistung gerichtet, sondern auf einen „Gegenwert in einer mit Rücksicht auf das individuelle Bedürfnis ausgewählten Sachform“ [1]).

So muß die innere Bindungslosigkeit zwischen den Verträgen beschaffen sein. Daraus ergibt sich wiederum, daß die Ungültigkeit der einen Abmachung die Gültigkeit der anderen nicht irgendwie beeinflussen kann. Obwohl z. B. der eine von den Verträgen aus einem Grunde nichtig oder anfechtbar ist, kann sich die davon betroffene Partei bei der Erfüllung des anderen nicht auf den Nichtbestand oder die Vernichtungsmöglichkeit des ersteren berufen, denn beim Doppelkauf wird der eine Vertrag trotz der Tatsache geschlossen, daß das andere Umsatzgeschäft

1) Vgl. Dernburg, Bd. II, S. 124.

nicht zustande kommt; beide Geschäftszwecke stehen sich so völlig beziehungslos gegenüber, daß man geradezu von einem Zufall sprechen kann, daß beide Veräußerungen im Rahmen eines einheitlichen Rechtsaktes und bei umgedrehter Parteistellung erfolgen. Jede Partei hätte ebensogut ihre Ware an einen Dritten verkaufen oder von einem Dritten käuflich erwerben können.

Deshalb kann man beim Doppelkauf „von einer rein äußerlichen, d. h. durch Aufrechnung der Kaufpreise herbeigeführten Zusammenfassung zweier an sich selbständiger Kaufverträge sprechen, die nach dem Willen der Parteien ebensogut und ohne daß an den rechtsgeschäftlichen Abmachungen auch nur die geringste sachliche Aenderung eintrete, in zwei räumlich und zeitlich getrennten selbständigen Akten errichtet werden könnten“ [1]).

Beim Tausch hingegen ist ein einheitlicher Vertrag geschlossen, inhalts dessen nach dem Willen der Parteien die gegenseitige Hingabe der Sachen von einander abhängig ist, derart, „daß jede Partei die Ware zu erhalten sucht, deren sich die andere zu entäußern wünscht und gerade die vorrätig hat, deren die andere bedarf“ [2]).

Oben [3]) wurde erwähnt, in welcher Weise eine Wertbestimmung für die Annahme eines Tausches bezw. eines Doppelkaufes von Belang sein kann. Nun wird es im wirtschaftlichen Leben kaum vorkommen, daß angegeben ist, in welchem Sinne die „Veranschlagung in Geld“ zu verstehen ist.

Nach welchem Gesichtspunkt soll nun in einem zweifelhaften Fall entschieden werden, wenn weder die eine noch die andere Zweckbestimmung der ausdrücklichen Abschätzung in Geld genau zu ersehen ist? Willkürlich Tausch oder Doppelkauf zu unterstellen, muß auch hier abgelehnt werden, da es für die Parteien eine Unbilligkeit bedeuten würde, müssten sie ein beabsichtigtes und gemäß seiner objektiven Natur als Tausch zu beurteilendes

1) Warschauer, D. Z. des d. Not. V., 1910, S. 98/99.
2) Flesch in IheringsJ. 19, 309 ff.
3) Siehe S. 25/26 der Abh.

Geschäft als Doppelkauf behandelt sehen. Deshalb müssen zur Beurteilung des mit dem Preisansatz verfolgten Zweckes noch andere Momente herangezogen werden, und zwar in erster Linie die Parteiabsicht und das Ziel, welches mit dem Geschäft verfolgt wird". Wurde mit jeder Warenveräußerung ein besonderer Umsatzzweck verfolgt, sodaß beiden Teilen ihre Waren auch ohne das Gegengeschäft zu den von ihnen angenommenen Preisen feilgewesen wären" [1]), so sind zwei selbständige Kaufverträge anzunehmen und damit ein Doppelkauf.

In einem Falle, bei dem die hinzugebenden Gegenstände mit einem bestimmten Wertbetrage angesetzt sind, ist demnach das Augenmerk darauf zu richten, „ob die Warenveräußerungen nicht derart gegenseitig bedingt sind, daß die eine nicht ohne die andere geschehen sein würde" [2]). Hätte die eine Partei ihre Ware auch hingegeben, ohne die andere zu erhalten, so liegt im Zweifel Doppelkauf vor, so in dem von Oertmann angeführten treffenden Beispiel [3]), wo A ein unnütz gewordenes Buch bei einem Antiquar veräußert und dort zufällig ein von ihm benötigtes anderes Buch findet. Will man den Unterschied zwischen Tausch und Doppelkauf auf eine juristische Formel bringen, so kann man sagen: der Tausch ist ein einziger gegenseitiger Vertrag mit einheitlichem Umsatzzweck, während der Doppelkauf eine Zusammenfassung zweier gegenseitiger Verträge darstellt, wobei mit jedem Kaufvertrag ein eigener Umsatzzweck verfolgt wird. Auf der einen Seite ist rechtsgeschäftliche Einheit vorhanden, wobei die Lieferung des einen Gegenstandes nur vorgenommen werden soll, wenn auch die des andern geschieht. Den Doppelkauf andererseits charakterisiert einmal eine Mehrheit selbständiger Verträge, die durch die gegenseitige Verrechnung der Kaufpreise in ein gewisses Verhältnis zueinander gebracht sind, das aber nur äußerlich ist

1) Adler, ArchZivPr. Bd. 109, 323; Oertmann in Ehrenbergs Hdb., S. 334.

2) Warneyer, § 515, 1.

3) Oertmann, S. 334.

und demzufolge die wirtschaftliche und rechtliche Bindungslosigkeit der Abmachungen nicht aufheben kann. Daraus ergibt sich zwangsläufig das Fehlen der für den Tausch so bezeichnenden Verbindung und Beziehung der wechselseitig hinzugebenden Sachen.

Nach all dem kann auch die Fassung[1]) nicht gebilligt werden, daß es sich bei einem Rechtsakt, der die Leistung einer Ware gegen Leistung einer anderen Ware und Geld zum Inhalt hat, stets um einen Doppelkauf handle. Dieser Güterumsatz kann das Ergebnis zweier Kaufverträge sein, ist aber ebensogut beim Tausch möglich, d. h. bei einem Geschäft, das zwar auf der einen Seite verschiedenartige Verpflichtungen begründen kann, aber rechtlich einen einheitlichen Vertrag darstellt.

Im Rahmen dieses Abschnitts soll noch auf die Rechtsprechung eingegangen werden, die sich mit dieser Frage eingehend beschäftigt und dabei gewisse Wandlungen in der Auffassung durchgemacht hat. Den Anlaß zu einer Stellungnahme der obersten Gerichte gab das preußische Stempelsteuergesetz von 1895 mit seiner Tarifstelle 32[2]), die die Stempelpflicht von Grunderwerbsverträgen betraf.

Die Grundsätze aufzuzeigen, welche die Rechtsprechung für die Abgrenzung von Tausch und Doppelkauf, insbesondere von Grundstückstausch und Grundstücksdoppelkauf aufgestellt hat, erscheint deshalb als angebracht, weil das uneigentliche Barattogeschäft nicht ausschließlich, sondern nur besonders im Viehhandel vorkommt.

Innerhalb der Rechtsprechung sind drei Phasen zu unterscheiden, von denen die zweite mehr den Charakter

1) Bernstein, S. 10, 337.

2) In der steuerlichen Behandlung wurde zwischen Grundstückstausch und Grundstücksdoppelkauf insofern ein wesentlicher Unterschied gemacht, als ein Tauschvertrag nur einmal versteuert wurde und zwar mit 1 v. H. des höherwertigen Grundstücks, während ein Doppelkauf mit seinen zwei Umsatzgeschäften auch doppelt versteuert wurde. Das fiskalische Interesse betrachtete natürlich die doppelte Versteuerung als günstige Einnahmequelle, was aber auch den Anlaß zu der reichhaltigen Rechtsprechung gab.

eines Ueberganges aufweist, während die dritte den heutigen Stand darstellt. Die ältesten Entscheidungen richten ihr Hauptaugenmerk auf das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Einheit. Diese ist schon dann hergestellt, „wenn in einer oder in mehreren Urkunden zwei gegenseitige Veräußerungen vereinbart sind, die nach dem Inhalt der Urkunden oder nach der Absicht der Parteien von einander abhängig sein sollen“ [1]).

Der Schwerpunkt ist deutlich in die Absicht der Parteien verlegt!“ Wollen diese, daß zwei Kaufverträge zusammen einen Tauschvertrag bilden, so ist ein solcher anzunehmen, gleichviel ob ein Vertrag oder mehrere selbständige Verträge beurkundet sind, gleichviel, ob die Absicht der Parteien aus den Urkunden erhellt“ [2]). In „jedem Falle bilden beide Verträge zusammen den Tauschvertrag und dienen somit der Ausführung des Tauschwillens“ [3]). Endlich ist es auch gleichgültig, ob den unmittelbaren Gegenwert für die Ueberlassung des einen Grundstücks das andere Grundstück darstellt. „Einzig und allein maßgebend ist die von den Parteien gewollte rechtsgeschäftliche Einheit und Abhängigkeit der Verträge. Die Art, wie die Gegenleistungen belegt werden, sei es durch den Wert des vom Kontrahenten hinzugebenden Grundstücks oder durch Uebernahme von Hypotheken in Leistung einer Barzahlung ist nicht ausschlaggebend, wenn nur die Absicht der Parteien auf den wechselseitigen Austausch individueller Gegenstände gerichtet ist“. [4])

Ein ganz anderes Bild bietet die zweite Phase. Das RG. sagt im Jahre 1901: „Mögen nun auch die beiden Rechtsgeschäfte nach dem Willen der Vertragschließenden dergestalt von einander abhängen, daß die Vertragserklärung des einen Teiles durch die des anderen hervor-

1) JW. 1898, 307, 89.

2) Warschauer, 1910, S. 93.

3) JW. ebenda.

4) Siehe auch Heinitz, S. 463 (KGE. vom 17. 3. 1902) und (10. 11. 1902); Entsch. des RG. vom 29. Juni 1893 bei Warschauer, 1910, S. 93 (Zeitschrift des deutschen Notarvereins).

gerufen und bedingt war, so führt doch diese bloße Zusammengehörigkeit noch nicht zur Annahme eines Tauschvertrags“ [1]).

Im Gegensatz zu den früheren RG.- und KG.-Entscheidungen ist hier ausgesprochen, daß der Wille der Parteien, einen Tauschvertrag zu schließen, mag er auch aus der Urkunde ersichtlich sein, für die Beurteilung des Geschäfts nicht letzter Maßstab sei. Als für das Wesen des Tausches hervorstechendes Merkmal wird nun angesehen, daß die Uebereignung der Grundstücke oder ihrer Werte in dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu einander steht. Der gegenwärtige Standpunkt kündigt sich dadurch an, daß es darauf ankommt, wie das Geschäft sich objektiv nach Maßgabe der Urkunde darstellt. Dazu ist erforderlich, „daß beide Vertragsteile zur Belegung des Tauschpreises die auf den erworbenen Grundstücken haftenden Hypotheken nicht übernehmen. Damit ist der „direkte unmittelbare Ausgleich“, das unmittelbare Verhältnis der beiden Grundstücke als Leistung und Gegenleistung als das Wesen des Tauschvertrages entdeckt“ [2]), und mit Nachdruck ausgesprochen, „daß kein Gewicht darauf zu legen ist, wenn die Parteien den Abschluß eines Tauschvertrages nach dem Ausdruck der Vertragsurkunde beabsichtigt haben“ [3]).

Die neuere Rechtsprechung des RG. und des KG. läßt sich durch folgende Leitsätze kennzeichnen: es kommt bei der Bewertung eines Geschäfts als Tausch oder Doppelkaufs nicht auf die gebrauchten Ausdrücke an; „die von den Vertragschließenden gewählten Bezeichnungen, wie z. B. Tauschofferte, Tauschobjekt, oder Resttauschgeld, sind nicht entscheidend, ebensowenig die Erklärung, daß die wechselseitige Uebereignung der Grundstücke in dem direkten Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zueinander stehen“ [4]), eine Redewendung, die von den Par-

1) JW. 1901, 543/15.
2) Warschauer, 1910, S. 95.
3) JW. 1902, 46/54; 1902, 47/55; Entscheidungen vom 26. und 29. 11. 1901, (bei Warschauer, S. 94.)
4) RG. 57, 266; 50, 285; JW. 1905, 326.

teien in Anlehnung an die reichsgerichtliche Rechtsprechung vielfach gebraucht wurde, aber auch nicht von Einfluß war auf die rechtliche Beurteilung. Allein entscheidend ist, „der objektive Inhalt des Vertrages, wie er sich aus der Vertragsurkunde ergibt“ [1]). Diesem Erfordernis ist, soll ein Tauschvertrag vorliegen, dann Genüge getan, wenn der bezweckte Austausch von Gegenständen in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gebracht ist,“ sodaß der eine Teil für den Gegenstand, den er fortzugeben sich verpflichtet, einen anderen Gegenstand zu fordern berechtigt wird. Auf den Willen der Parteien kommt es nicht an; über die juristische Natur des vereinbarten Geschäfts hat der Richter zu befinden“ [2]). „Nur dann, wenn der Inhalt der Beurkundung erkennen läßt, daß die unmittelbare Leistung eines jeden Vertragschließenden in der Verschaffung eines individuellen Gegenstandes besteht, liegt ein Tauschvertrag vor“ [3]). Sonst ist ein Doppelkauf gegeben.

Die Rechtsprechung verneint nun konsequent, daß nach der objektiven Sachlage zwei individualisierte Sachleistungen unmittelbar gegen einander ausgeglichen werden, „wenn der Erwerber eines Grundstücks den Tauschwert oder Tauschpreis nicht durch Hingabe seines Grundstückes, sondern ausschließlich und erschöpfend durch andere Leistungen, wie Barzahlung, Uebernahme von Hypotheken oder Hingabe an Zahlungsstatt zu begleichen hat“ [4]). „Bei solchem Sachverhalt ist jedes der beiden Grundstücke bei der Deckung des Wertes des anderen unbeteiligt, sodaß das RG. das für den Begriff des Tausches wesentliche Merkmal der Hingabe einer individuellen Leistung gegen eine andere vermißt“ [5]); „denn jeder Kontrahent gibt ein Grundstück als merx hin, und erhält als

1) Ebenda; Gruch. S. 847 ff. in Bd. 50.

2) Gruch. ebenda.

3) Warschauer, 1910, S. 94.

4) RG. 73, 91; Bay. Oberstes LG. 1915, 696; OLG. 13/289 ff.; JW. 1905, 326/15; Seuff. Arch. 68/397.

5) JW. 1905, 349/28.

Entgelt dafür nicht gleichfalls ein Grundstück, sondern ein durch Uebernahme von Hypothekenschulden allein oder in Verbindung mit einer Zuzahlung gedecktes pretium“ [1]). „Insoweit Hypotheken übernommen werden, liegt keine Gewährung von Sache gegen Sache vor; vielmehr wird, da die Hypotheken früher, oder später mit Geld zu berichtigen sind, für das Grundstück durch Uebernahme der auf ihm lastenden Hypotheken Geld in Höhe der Hypotheken gegeben.

So ist der für jedes der wechselseitig zu gewährenden Grundstücke festgelegte Wert erschöpfend durch andere Gegenleistungen als die Ueberlassung des angeblich in Tausch gegebenen Grundstücks gedeckt, sodaß für eine weitere wechselseitige Leistung durch Hingabe von Grundstück gegen Grundstück kein Raum bleibt [2]).

In allen Fällen mit jener eben geschilderten vollständigen Wertausgleichung durch andere Leistungen als durch unmittelbare Hingabe des Grundstücks liegt daher nach Ansicht der obersten Gerichte ein doppelter Kaufvertrag vor.

Dagegen ist nach der neueren Rechtsprechung dann kein Doppelkauf, sondern ein Tausch gegeben, „wenn in der Urkunde für jedes Grundstück ein Tauschwert angegeben ist, dieser aber bei jedem der Grundstücke nur teilweise durch Uebernahme der das Grundstück belastenden Hypotheken und durch Versprechen einer Barzahlung belegt wird, dergestalt, daß bei dem einen wie bei dem anderen Grundstück ein durch ihre wechselseitige Hingabe zu deckender Betrag verbleibt, der seinen Ausgleich in dem Wertrest der anderen Seite findet“ [3]). „Das Wesen des Tauschvertrages besteht im Umsatz individueller Werte. Wird zum Ausgleiche derselben eine Zahlung geleistet oder werden Hypotheken übernommen, so wird dadurch der Begriff des Tausches dann nicht ausgeschlos-

1) OLG. 13/289 = Jahrb. des KG. 30, Bd. 45 ff.

2) OLG. 9/190; = Jahrb. d. KG. 26/B 44.

5) Warschauer, 1910, S. 96; OLG. 9/192; Bay. Ob. LG. 1915, 696; OLG. 13/289; Gruch. 50/845.

sen, wenn auf jeder Seite nach dem so erfolgten Ausgleich noch ein Teil des Grundstückwertes übrig bleibt, der unmittelbar durch den Wertrest der anderen Seite gedeckt wird“ [1]).

Folgendes Beispiel möge die letztere Auffassung der Oberlandesgerichte (OLG. 9/190) verdeutlichen: A und B schließen einen Vertrag des Inhalts, daß Grundstücke gegeneinander ausgetauscht werden, von denen das des A einen Wert von 225,000 Mk. und das des B einen solchen von 30,000 Mk. hat. Neben einer Hypothenübernahme von 203,000 Mk. (Grundstück des A) und einer solchen von 18,000 Mk. (Grundstück des B) soll von B noch eine Zuzahlung von 10,000 Mk. erfolgen. Bei dem einen wie bei dem anderen Grundstück beträgt der Wertrest 12,000 Mk., da die veranschlagten Grundstückswerte teils durch Hypothekenübernahme, teils durch Hypothenübernahme und Barzahlung gedeckt sind. Insoweit es sich um den Wertrest von je 12,000 Mark handelt, stehen sich als Leistungen das Grundstück des A und des B unmittelbar gegenüber. Das eine Grundstück wird gegen das andere zur Begleichung des Wertrestes hingegeben, womit ein doppelter Kaufvertrag ausgeschlossen ist, da es sich um die wechselseitige Hingabe von Sachen handelt“ [2]).

Als Ergebnis der neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung des Tausches vom Doppelkauf ergibt sich somit, daß „das Zustandekommen eines Tauschvertrages unmöglich ist, wenn auch nur das eine der Grundstücke mit Hypotheken in Höhe des Tauschpreises belastet ist und diese zum vollen Betrag übernommen werden. Andererseits genügt es für die Ablehnung eines Doppelkaufs und die Annahme eines Tauschvertrages, wenn bei mehrgestaltiger Leistung des einen Vertragsteils die unmittelbare Abgeltung der einen Grundstücksübereignung durch die andere auch nur einen Teil der Gesamtleistung des Kontrahenten darstellt, ohne daß die Rechtsprechung darauf Gewicht legt, in welchem Verhältnis diese unmittel-

1) Bay. OLG. 1915, 696 ff.
2) OLG. 9/190.

bare Abgeltung zu den sonstigen Leistungen beider Vertragsparteien steht“ [1]).

Aus dem der Besprechung der höchstrichterlichen Grundsätze vorausgehenden Abschnitt über die Abgrenzung von Tausch und Doppelkauf wurde ersichtlich, daß für diese Rechtsgebilde jeweils subjektive und objektive Momente wesentlich sind. Immer spielen für die Charakterisierung eines strittigen Geschäfts als Tausch oder Doppelkauf neben den Voraussetzungen, die in objektiver Hinsicht maßgebend sind, der Wille und die Absicht der Parteien eine Rolle. Umgekehrt kann ein Geschäft, das in keiner Weise die durch Gesetz und Rechtsprechung aufgestellten Merkmale eines bestimmten Vertrages aufweist, durch den bloßen Willen der Beteiligten nicht als solcher bewertet werden.

Nach anderen Gesichtspunkten scheidet das RG., die Absicht der Parteien ist gänzlich unmaßgeblich. Allein entscheidend ist, „ob nach der objektiven Sachlage des Vertrages zwei Sachleistungen unmittelbar gegen einander ausgeglichen werden“ [2]).

Der unmittelbare Ausgleich des einen Grundstückswertes durch den andern ist das wesentliche des Tauschvertrages. Damit stellt das RG. bei der Scheidung von Tausch und Doppelkauf offen darauf ab, wie die Tauschpreise oder Tauschwerte gedeckt und rechnerisch bestimmt sind. Es führt damit als entscheidenden Gesichtspunkt eine Tatsache ins Feld, die für das zu erörternde Problem völlig gleichgültig und unmaßgeblich ist. Wenn schon „die Veranschlagung in Geld als mit dem Tauschvertrag vereinbar erachtet wird, sofern sie nur zur Begründung dafür dient, daß zum Zweck des Wertausgleiches dem Erwerber des wertvolleren Grundstückes eine besondere Leistung außer der Grundstücksübereignung auferlegt wird“ [3]), so erscheint es mir spitzfindig und gekünstelt, zwei Grundstücksumsatzverträge rechtlich als Doppelkauf

1) JW. 1905, 326.
2) RG. 50/285 ff.
3) JW. 1905, 326; RG. 73/88.

bezw. Tausch zu beurteilen, je nachdem einmal die Werte in voller Höhe durch zu übernehmende Hypotheken gedeckt sind, das andere Mal nicht, „sodaß sich, wenn auch nur hinsichtlich eines ganz kleinen Wertteilchens Grundstück und Grundstück gewissermaßen Auge um Auge gegenüberstehen“ [1]).

Wenn das RG. im ersten Fall das für den Begriff des Tausches wesentliche Merkmal der Hingabe einer individuellen Sache unmittelbar gegen eine andere vermißt, so ist die Annahme des Tauschvertrages im zweiten Fall selbst mit der These „unmittelbarer Ausgleich“ nicht zu begründen, denn unmittelbar gegenüber stehen sich ja nur mehr Wertreste des Grundstücks, also nur noch Teile desselben, die im Verhältnis zum ganzen Grundstückswert sehr klein sein können, was aber nach der Rechtsprechung unerheblich ist. Nur in der Höhe der Wertreste findet ein direkter Ausgleich der Grundstücke statt; denn in Höhe der oft den Hauptwert ausmachenden Hypotheken gibt es keinen Austausch von Sache gegen Sache weil „die Uebernahme und die Bestellung von Hypotheken in ihrem schließlichen Ergebnis auf eine Geldleistung hinausläuft“ [2]).

Die Ansicht des RG. führt zu dem Ergebnis, daß die seiner Rechtsprechung standhaltenden Tauschverträge in Wahrheit keinen Austausch von Grundstücken zum Gegenstand haben, sondern nur den von Grundstückteilen, nämlich im Betrag der jeweiligen Wertreste. Im Mittelpunkt der Entscheidungen steht die Deckung der Tauschwerte und zwar mit Rücksicht auf den nur nach objektiven Maßstäben bewerteten Satz: Tausch ist Hingabe einer Sache gegen eine andere. Die Einseitigkeit des vom RG. vertretenen Standpunktes ergibt sich zunächst aus der Tatsache, daß es in der Tat nicht ganz leicht ist einen Tauschvertrag i. S. des RG. zu vereinbaren. Keine Schwierigkeiten sind vorhanden, wenn die Grundstücke unbelastet sind. Sind aber die auszutauschenden Grund-

1) Warschauer, S. 102, 1910.
2) Gruchot, 50, 847.

stücke mit Hypotheken belastet, — ein Umstand, der wohl im heutigen Verkehrsleben die Regel sein wird —, so ist ihre Vertauschung nur möglich, wenn die zu übernehmenden Hypotheken nicht den vollen Wert des Grundstücks ausmachen. Dazu kommt die Errechnung des „Wertrestes", den das RG. auf beiden Seiten verlangt. Meistens werden die gegenseitigen Nebenleistungen der Parteien in Hypothekenübernahme, Barzahlungen, Forderungsabtretungen und Schuldverschreibungen bestehen; „wie aber der Wertrest zu bewerkstelligen sei, damit sich, wenn auch nur hinsichtlich eines ganz kleinen Wertteilchens, Grundstück und Grundstück unmittelbar gegenüberstehen, wird manchem Kopfzerbrechen verursachen" [1]).

Dass die Rechtsprechung der obersten Gerichte jeglicher Volkstümlichkeit entbehrt, ist unzweifelhaft. Es ist natürlich unmöglich, über jede Frage Urteile zu fällen deren Sinn dem Laien ohne weiteres klar ist. Trotzdem muß das Rechtsempfinden des Volkes als Erkenntnisquelle herangezogen werden bei Rechtsinstituten, die wie Kauf und Tausch seit vielen Jahrhunderten im Verkehrsleben täglich angewandt werden. Der Verkehrsauffassung und dem natürlichen Gefühl des Volkes wird es aber immer widersprechen, daß ein Grundstücks-Tausch dann nicht vorliegen soll, wenn eines oder beide Grundstücke in Höhe des Wertes mit Hypotheken belastet sind, die vom Erwerber übernommen werden, obgleich die Beteiligten ein einheitliches Tauschgeschäft wollten.

Ferner wird die Forderung stets unverstanden bleiben, daß auf jeder Seite unter allen Umständen nach Summierung der Werte der Hypothekenübernahme, der Barzahlung usw. ein Grundstückswertteil übrigbleiben müsse, der seine Deckung finde in einem entsprechenden Teil des anderen Grundstücks. Wie grotesk sich diese Auffassung auswirken kann, zeigt folgendes Beispiel [2]): Ein Grundstückstausch, der deshalb unmöglich schien,

---

1) Warschauer, S. 102, 1910.
2) Z. d. Not. V. 1908, S. 392 ff.

weil der Tauschwert eines der Grundstücke den Wert der eingetragenen und vom andern Teil übernommenen Hypothekensumme erreichte, konnte deshalb doch noch zustandekommen, weil der Tauschwert nicht bloß in Höhe der Hypothekensumme, sondern mit einem Pfennig mehr angegeben wurde. Dieser eine Pfennig wurde dann als Wertrest angesehen, der unmittelbar durch das andere Grundstück ausgeglichen wurde.

Vor allem möchte ich nochmals aus rechtlichen Gesichtspunkten die Anschauung der Praxis ablehnen. Nicht die Frage, wie die Tauschwerte gedeckt werden, ist maßgebend für die Scheidung von Tausch und Doppelkauf, sondern die typische Eigenart dieser Rechtsgebilde, die sich aus subjektiven und objektiven Merkmalen zusammensetzt. Wenn das Entscheidende beim Tausch bezw. Kauf darin liegt, daß die Parteien Sachen hingeben, um als Gegenleistung eine andere Sache bezw. Geld zu bekommen, so führt dies auf die vorliegende Streitfrage übertragen zu folgendem Ergebnis: Es macht keinen rechtlichen Unterschied, ob zwei Grundstücke vollständig oder nur teilweise mit zu übernehmenden Hypotheken belastet sind, ob vor allem auf beiden Seiten der entscheidende Wertrest verbleibt, da jeweils Sache gegen Sache hingegeben wird. Es ist nicht so, daß der eine Teil die Veräußerung erst vornimmt, wenn und weil der andere die Hypotheken übernimmt." Vielmehr ist beiden Teilen am Erwerb gerade des gegnerischen Grundstücks gelegen. Der verschiedene Gebrauchswert der auszutauschenden Gegenstände hat die Parteien zum Abschluß des Vertrages bewogen"[1]). Nach dem Willen der Parteien wird ein Grundstück um des anderen Grundstücks willen gegeben. Die beiden Veräußerungen stehen insoferne in einem Abhängigkeitsverhältnis, als jede Partei bestrebt ist, den Gegenstand zu erhalten, den die andere zu veräußern sucht, und gerade denjenigen besitzt, den die andere erlangen will. „Das eine Grundstück wird verkauft,

1) Dernburg, Bd. II, § 199 Anm. 4.

weil das andere Grundstück verkauft wird“ [1]). Das entspricht den früher über den Tausch aufgestellten Grundsätzen. Demnach ist ein Doppelkauf auch in den Fällen ausgeschlossen, wo die Beteiligten die den ganzen Wert des Grundstücks erschöpfenden Hypotheken übernehmen“, weil den Parteien nicht an der Veräußerung gegen Uebernahme der Hypotheken, sondern an der Veräußerung gegen Erwerb des anderen Grundstücks gelegen ist“ [2]). Der doppelte Kaufvertrag kann wohl äußerlich zu einer Hingabe von Sache gegen Sache führen. Dies beruht aber nicht darauf, daß die Lieferung der einen nur gegen diejenige der anderen erfolgt, sondern auf zwei zufällig zwischen den gleichen Personen abgeschlossenen Kaufverträgen, die durch eine völlige oder auch nur teilweise Aufrechnung der Kaufpreise zueinander in Beziehung getreten sind.

Diese in subjektiver Hinsicht notwendige Beziehungslosigkeit bei der gegenseitigen Hingabe der belasteten Grundstücke ist aber, wie vorhin dargelegt wurde, nicht vorhanden.

Zum Abschluß dieser Erörterung über die Rechtsprechung der obersten Gerichte soll noch ein Beispiel [3]) angeführt werden, um die Bedenklichkeit der höchstrichterlichen Auffassung in der Richtung aufzuzeigen, daß sie doktrinär ist und dem praktischen Leben in keiner Weise entspricht: zwei Hauseigentümer vertauschen im Rahmen eines einheitlichen Tauschvertrages ihre Villen, weil jedem die Villa des anderen besser gefällt als seine eigene. Das Vorliegen eines Tausches dürfte bei dieser Sachlage keinem Zweifel unterliegen.

Warum soll es aber nicht mehr Tausch sein, wenn bei einer im übrigen gleichen Sachlage die Häuser „bis zum Schornstein“ belastet sind und die jeweiligen Belastungen übernommen werden? Warum schließen denn überhaupt die Personen den Vertrag ab? — doch wegen des verschiedenen Gebrauchswertes der auszutauschenden

1) Warchauer, 1910.
2) Dernburg, Bd. II, § 199 Anm. 4; Lemke, S. 53.
3) Dernburg, § 199 Anm. 4, S. 136.

Sachen (vergl. § 459 BGB). Das genügt aber zur Annahme eines Tausches.

§ 5. Die sich aus dem Unterschied von Tausch und Doppelkauf ergebenden Rechtsfolgen.

Schon mehrfach wurde erwähnt, daß eine Untersuchung der rechtlichen Natur des uneigentlichen Barattogeschäfts insoferne von erheblicher praktischer Bedeutung sei, als die Wirkung einiger Rechtsgebilde, auf Tausch und Doppelkauf, völlig verschieden ist.

Gemäß § 515 BGB. sollen die Bestimmungen über den Kauf auf den Tausch entsprechende Anwendung finden. Uebereinstimmend wird die Anwendbarkeit der Wandlungsvorschriften auf den Tausch betont. Die Wirkung der Wandlung besteht, gleichviel, ob man sich der Vertrags- oder der Herstellungstheorie anschließt, darin, die Parteien in die Lage zu versetzen, wie wenn der Kauf überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre. Liegen also die Voraussetzungen der §§ 459, 462 BGB. vor, so wird beim Tausch das ganze Vertragsverhältnis betroffen, d. h: ist noch nicht erfüllt — und zwar von keiner Seite — so wird das zwischen den Tauschkontrahenten bestehende Rechtsverhältnis aufgehoben. Haben diese die Tauschobjekte schon gegenseitig hingegeben, so sind sie verpflichtet, dieselben einander zurückzugewähren [1]) (§§ 467, 346). Während demnach der Tausch in seiner Ganzheit berührt wird, ist dies beim Doppelkauf nur bezüglich des Kaufvertrages der Fall, dessen Erfüllung von einer Seite mangelhaft bewirkt wurde. Hinsichtlich der Ausführung des anderen Vertrages, bei dem der Erstkäufer die Rolle als Verkäufer hat, tritt keine Aenderung ein. Dies ist insoferne gerechtfertigt, als die Gültigkeit oder Erfüllung der einen Abmachung nicht von der Ungültigkeit oder Nichterfüllung der anderen abhängen soll. Der Erstkäufer muß also, obwohl er die durch den ersten Kaufvertrag begehrte Ware durch dessen Rückgängigmachung nicht

1) Siehe auch Staudinger § 467, I, 1, 2a.

in Besitz bekommt, seine ihm aus dem zweiten Kaufvertrag erwachsende Verpflichtung zur Hingabe einer Ware erfüllen. Darin zeigt sich am deutlichsten das für den Doppelkauf wesentliche Fehlen der wechselseitigen Bedingtheit der Hingabe des einen und des anderen Gegenstandes. Die Warenleistung einer Partei erfolgt auch, wenn diejenige der Gegenpartei ausbleibt oder wieder rückgängig gemacht werden muß. Auch die Minderung erfaßt „beim Tausch das ganze gegenseitige Vertragsverhältnis, beim Doppelkauf nur den Vertrag, dessen mangelhafte Erfüllung Anlaß zu einem Minderunganspruch gibt“ [1]). Die Minderung bezweckt eine Herabsetzung des Kaufpreises. Die Leistung des Käufers soll dem Wert der mangelhaften Sache angeglichen und damit eine ungerechtfertigte Bereicherung des Verkäufers verhindert werden. „Dies kann, da die in Geld bestehende Leistung des Käufers beliebig teilbar ist, durch Herabsetzung des Kaufpreises erfolgen. Eine Schwierigkeit ist beim Tausch insofern vorhanden, als sich hier Ware gegen Ware gegenübersteht“ [2]) und „dem Kaufpreis im Sinne des § 472 BGB. bei Tauschgeschäften der von den Vertragsschließenden für die einzelnen Tauschobjekte angesetzte Wert keineswegs gleichsteht“ [3]).

Nach h. M. und der Ansicht des RG.[4]) ist § 473 auf den Tausch entsprechend anwendbar. Diese Bestimmung regelt die Minderung in dem Falle, daß neben dem in Geld vereinbarten Kaufpreise Leistungen bedungen sind, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben. Nach der Rechtsprechung des RG. werden die objektiven Werte der auszutauschenden Gegenstände zur Zeit des Abschlusses des Tauschvertrages zugrunde gelegt, sodaß die Minderungsgleichung so anzusetzen ist, „daß dem objektiven Werte, den die fehlerhafte Tauschsache beim

1) Warneyer, § 515; Enneccerus, § 119 Anm. 1; Oertmann, § 515, 3; Staudinger, § 515, III, 2e; diese Autoren bejahen gleichzeitig, daß beim Tausch eine Minderung zulässig ist; ebenso das RG. (vgl. 72/299; 73/153).

2) Lemke, S. 55.

3) RG. 73/153.

4) RG. 73/153; 72/301.

Nichtvorhandensein des Fehlers hätte und den sie infolge des Vorhandenseins desselben wirklich hat, der objektive Wert der anderen, die Gegenleistung bildende Tauschsache gegenübergestellt und auf die Weise die verkürzte Gegenleistung ermittelt wird. Die Differenz zwischen derselben und dem objektiven Wert der nicht mit einem Fehler behafteten Tauschsache stellt alsdann dar, was dem Minderungsberechtigten herauszuzahlen ist[1]).

Wie nach § 473 BGB. die Minderung nicht zu einer „Minderleistung des Käufers, sondern zu einer Geldzahlung des Verkäufers führt in dem Fall, daß der abzusetzende Betrag größer ist als der in Geld bedungene Kaufpreis, so ergibt sich für die Minderung beim Tausch das gleiche Ergebnis, nämlich die Leistung des Minderungsverpflichteten an den Minderungsberechtigten. „Dies unterliegt sowohl in der Praxis, als auch in der Literatur keinem Bedenken[2]). Der minderungsverpflichtete Teil muß also gemäß §§ 473, 472, 515 BGB. dem andern Teil „denjenigen Betrag bezahlen, der sich ergibt, wenn man den Wert, welchen die fehlerfreie Sache zur Zeit des Tausches hat, im Verhältnis des Wertes der fehlerhaften Sache ohne den Fehler zum Wert derselben Sache mit dem Fehler zu der gleichen Zeit herabsetzt“[3]).

„Wie die Wandlung und die Minderung ergreift auch das Rücktrittsrecht, welches dem einem Vertragspartner bei einem gegenseitigen Vertrag im Falle des Schuldnerverzugs zusteht (§ 326 BGB.) das ganze Tauschverhältnis, beim Doppelkauf hingegen nur den Kauf auf den sich die Rücktrittserklärung bezieht“[4]). Das gleiche gilt auch im Falle des § 325 BGB.

Tritt im Falle des Doppelkaufes innerhalb des einen Kaufvertrages Leistungsverzug ein und liegen auch die

1) RG. 73/153.

2) RG. 72/301.

3) § 473, 7 und § 515, III, 2e bei Staudinger; siehe auch Lemke, Seite 56.

4) Warneyer, § 515, I; Oertmann, Ehrenb. Hdb. S. 335; Enneccerus, § 119, Anm. 4.

übrigen Voraussetzungen des § 326 BGB. vor, so zeigt sich wiederum die schon oben festgestellte Unabhängigkeit der beiden Kaufverträge. Trotz der durch die Ausübung des Rücktrittsrechts „ausgelösten schuldrechtlichen Wirkung, daß die Vertragsteile einander zur Zurückgewährung der empfangenen Leistungen verpflichtet sind“ [1]), wird der erste bezw. zweite Kaufvertrag nicht in der Weise berührt, daß der von der Auflösung des einen Vertrags Betroffene die Erfüllung des anderen verweigern könnte mit dem Hinweis, er fühle sich jetzt auch nicht mehr gebunden. Die Rücktrittserklärung beeinflußt aber insoferne den Doppelkauf, als die zwischen den beiden Kaufverträgen in der Form der Verrechnung der Kaufpreise bestehende Verbindung gelöst wird; denn die Folge der Aufhebung der Vertragswirkungen durch Rücktritt ist, daß die Kaufpreisforderung des noch bestehenden Schuldverhältnisses allein, d. h. ohne die für eine Aufrechnung notwendige Gegenforderung vorhanden ist und vom Käufer in bar bezahlt werden muß. „Die beim Abschluß des Doppelkaufs vereinbarte Art der Tilgung der Kaufpreise ist infolge des Rücktritts hinfällig und unmöglich geworden“ [2]).

Oertmann meint nun [3]), es könne vorkommen, daß die beiden im Doppelkauf zusammengefaßten Käufe im Falle des § 326 BGB. nicht „gewissermaßen ihre eigenen Wege gehen“. Bedingung sei dafür, daß die zurücktretende Partei beweise, für sie habe der andere Kauf nach dem Wegfall des einen auch kein Interesse mehr. Als Rechtsbehelf führt er § 326 Abs. 1 S. 3 BGB. (§ 325 Abs. 1, S. 2 BGB.) an. Wenn weiterhin ausgeführt wird, daß der vorgenannte Beweis ziemlich schwierig zu führen sei beim Vorliegen eines wirklichen Doppelkaufes, so möchte ich dies nicht nur unterstreichen, sondern hinzufügen, daß dieser Beweis nicht gelingen kann; das Ziel desselben ist die Berechtigung der einen Partei, nach dem

1) Staudinger, Recht d. Schuldverh., 1. Teil, S. 609.
2) LZ. 1908, S. 598 Nr. 21.
3) Oertmann, a.a.O., S. 335.

Rücktritt von einem Vertrage wegen schuldhaften Leistungsverzuges des Gegners auch vom anderen Vertrage zurücktreten zu können mit der Begründung, die Erfüllung des noch gültigen Kaufes habe nunmehr für die Partei kein Interesse mehr. M. E. ist diese Rechtfertigung des weiteren Rücktritts völlig unvereinbar mit dem Begriffe des im vorigen Abschnitte erörterten Doppelkaufs. Sein wesentliches Merkmal ist gerade, daß der eine Kauf nicht um des anderen Kaufs willen geschlossen wird, da jedem ein besonderer Umsatzzweck zugrunde liegt, sodaß das eine Geschäft auch ohne das Gegengeschäft zustandegekommen wäre. Dem widerspricht aber der Gedanke, daß man nach der Aufhebung des einen Vertrags an dem anderen Geschäft nunmehr kein Interesse mehr habe". Es gibt einen Doppelkauf nur im eigentlichen Sinne. Ein Geschäft, welches aus zwei gegenseitig bedingten Käufen besteht und bei dem die oben erwähnte Beweisführung keine Schwierigkeiten bereiten würde, fällt nicht unter den Doppelkaufsbegriff. Deshalb möchte ich die Möglichkeit davon, daß beim wirklichen Doppelkauf der Rücktritt nur den einen Kaufvertrag ergreift, eine Ausnahme machen zu können ablehnen. Schließlich erfassen auch Nichtigkeit und Anfechtung den Tausch in seiner Gesamtheit, den Doppelkauf nur bezüglich des nichtigen oder mit Erfolg angefochtenen Kaufvertrages. Das andere Geschäft muß, da es unabhängig von jenem geschlossen wurde, erfüllt werden.

Anders wäre es in allen vorbetrachteten Fällen, wenn der eine Vertrag nicht ohne den anderen zustande gekommen wäre.

Im folgenden soll nun noch gezeigt werden, wie Tausch und Doppelkauf durch ein etwa bestehendes Vorkaufsrecht beeinflußt werden. Das Vorkaufsrecht ist ein bestimmter Fall „des allgemeinen Einlösungsrechts. Das Besondere bei ihm ist, daß es in seiner Ausübung durch den Abschluß eines Kaufvertrages zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und einem Dritten bedingt ist und daß dieser Vertrag zugleich den Inhalt für das zwischen dem

Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten bestehende Vertragsverhältnis abgibt, auf Grund dessen dann die Einlösung der Sache erfolgen kann“ [1]). „Die Ausübung des Vorkaufsrechts findet also nicht statt, wenn der Verpflichtete einen anderen, nicht als Kaufvertrag zu beurteilenden Vertrag, der aber auf entgeltliche oder unentgeltliche Veräußerung gerichtet ist, geschlossen hat. In diesen Fällen ist das obligatorische Vorkaufsrecht vereitelt worden“ [2]). Dies gilt uneingeschränkt auch bei einem zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten abgeschlossenen Tausch.

Von verschiedenen Seiten wird nun die Ansicht geäußert [3]), es sei trotz der Regelung, daß das Vorkaufsrecht beim Vorliegen eines Tausches nicht ausgeübt werden könne das Einlösungsrecht nicht nur in der Form des Vorkaufs als möglich anzuerkennen. Vielmehr könne gleich einem Kaufvertrag jeder andere Veräußerungsvertrag — so auch der Tausch — durch besondere Vereinbarung zur Bedingung für die Geltendmachung eines Einlösungsrechts gemacht werden. Voraussetzung dafür sei aber, daß dieser Veräußerungsvertrag auch für das zwischen dem Einlösungsberechtigten und Verpflichteten bestehende Vertragsverhältnis zum Inhalt erhoben werden könne. Dies wird regelmäßig bei solchen Tauschgeschäften der Fall sein, bei denen die Gegenleistung in vertretbaren Sachen besteht. Hierbei ist es den Berechtigten am leichtesten möglich, die vom Dritten übernommene Leistung nun seinerseits zu übernehmen und damit den Veräußerungsvertrag mit denselben Bestimmungen gegen sich gelten zu lassen, die zwischen dem Dritten und dem Verpflichteten vereinbart wurden.

Während der Tausch der Ausübung eines Vorkaufsrechts nach § 504 BGB. entgegensteht, ist dieselbe beim Vorliegen eines Doppelkaufs möglich. Dies ergibt sich

---

1) RGRK. Beitr. 504, 1.

2) RG. 101/101, siehe auch Mot. II, S. 345; Warneyer, § 504 III.

3) Warneyer, § 504, I; RGRK. Beitr. 504, 1; Staudinger, § 504; Lobe in Recht u. Wirtsch. S. 418, 1922; RG. 110/189.

ohne weiteres aus der Tatsache, daß bei einem Kaufvertrag der Geltendmachung eines Vorkaufsrechts nicht nur keine rechtlichen Bedenken entgegenstehen, sondern daß Voraussetzung und Bedingung für einen Vorkauf gerade der Abschluß eines Kaufvertrages zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten ist. Wenn nun aber das BGB. das Vorkaufsrecht an das Vorhandensein eines Kaufvertrages knüpft, dann kann es nichts ausmachen, wenn derselbe äußerlich mit einem anderen Kaufvertrag zusammengeschlossen ist[1]). Die Selbständigkeit der beiden Kaufverträge zeigte sich bei der Wandelung, der Minderung und dem Rücktrittsrecht und nun auch bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts.

Angenommen, A, der Inhaber einer Villa, an der ein Vorkaufsrecht des B besteht, verkauft dieselbe[2]). Im Lauf der Vertragsverhandlungen erfährt A zufällig von C, dem Käufer, daß dieser eine Fläche Landes zu verkaufen habe, an dem A Interesse hat, sodaß ein Doppelkauf schließlich zustande kommt. Soll nun B bei der vorbezeichneten Rechtslage daran gehindert werden, sein obligatorisches Vorkaufsrecht an der Villa des A auszuüben? Dies ist zu verneinen, denn es wäre zu verneinen, wenn nur ein Kaufvertrag geschlossen worden wäre; es kann aber für die Ausübung eines Vorkaufsrechts nichts ausmachen, daß mit diesem einen Kaufvertrag ein zweiter in ein gewisses, durch die umgedrehte Parteistellung und die Aufrechnung der Kaufpreise geschaffenes äußeres Verhältnis tritt.

Somit ist die Vereinbarkeit eines Vorkaufsrechts mit einem Doppelkauf zu bejahen.

§ 6. Das uneigentliche Barattogeschäft — ein Doppelkauf?

In den vorausgegangenen Darlegungen wurden die notwendigen Grundlagen für die rechtliche Untersuchung des uneigentlichen Barattogeschäfts gegeben. Es wurden

1) Vgl. Warneyer, § 515, I.

2) Das Beispiel ist dem Beispiel v. Dernburg § 199 Anm. 4 nachgebildet.

u. a. die Merkmale des Kaufes, des Doppelkaufes aufgezeigt und auch diejenigen des Tausches gewürdigt. Im folgenden soll nun geprüft werden, inwieweit das uneigentliche Barattogeschäft mit dem Wesen dieser Rechtsgebilde übereinstimmt und zwar soll zunächst die Frage beantwortet werden, ob man es rechtlich unter den Doppelkaufsbegriff bringen kann.

Ausgegangen wird dabei von der Entscheidung des OLG. Braunschweig[1]), in der im Ergebnis kein neuer Gesichtspunkt mitgeteilt ist, die aber für die vorliegende Untersuchung Bedeutung hat, nicht nur weil in ihr Ausführungen gemacht sind über die rechtliche Natur des Geschäfts, sondern auch weil dieselben im Gegensatz zu den am Anfang der Arbeit aufgeführten Autoren begründet werden. Dabei erscheinen die für die Parteien beim Abschluß des uneigentlichen Barattogeschäfts maßgebenden Beweggründe wichtig.

In dem Urteile heißt es u. a.: „Das uneigentliche Barattogeschäft ist ein Geschäft, bei dem die Parteien im bloßen Vertrauen auf die Ausführung beider Geschäfte zwei rechtlich voneinander unabhängige Kaufverträge mit vereinbarter Aufrechnung der Kaufpreise schließen. Man findet dieses Geschäft besonders im Viehhandel; dort mag es regelmäßig dem Bedürfnis des Verkehrs genügen, weil jeder Teil an der Ausführung beider Geschäfte interessiert zu sein pflegt". Daß das uneigentliche Barattogeschäft besonders im Viehhandel vorkommt, schließt die Tatsache nicht aus, daß zwei Parteien auch über andere Gegenstände in der oben beschriebenen Weise Vereinbarungen treffen können; denn es ist nicht auf ein besonderes Gebiet beschränkt, vielmehr kann es als besonderes Rechtsgebilde überall dort auftreten, wo seine Rechtswirkungen mit den Geschäftszwecken und den Parteiabsichten übereinstimmen.

Die oben erwähnte Entscheidung sowie verschiedene

---

1) OLG. 20/184.

Autoren[1]) kommen zu dem Ergebnis, daß das zu untersuchende Geschäft aus zwei Kaufverträgen und einem Aufrechnungsvertrag besteht. Zur Würdigung dieser Auffassung soll zunächst auf das Wesen des uneigentlichen Barattogeschäfts eingegangen, insbesondere sollen seine Merkmale festgestellt werden. Sowohl von den Autoren, die jenes Geschäft als doppelseitigen Kauf auffassen, als auch von denjenigen, welche einen Tausch annehmen, wird übereinstimmend erklärt, daß es sich um eine Vereinbarung[2]) handelt, der zufolge jede Partei zur Lieferung einer in Geld veranschlagten Ware verpflichtet ist.

Beruht die Hingabe von Ware gegen Ware auf einem einheitlichen Vertrag oder auf zwei selbständigen Verträgen, die zufällig gleichzeitig abgeschlossen wurden? Liegen zwei Verträge zugrunde, die gegenseitig bedingt sind, sodaß der eine nicht ohne den anderen geschlossen worden wäre?

Als grundlegend für die Entscheidung dieser Fragen erscheint mir eine eindeutige Stellungnahme gegenüber dem schon früher besprochenen Begriff der „Wertbezifferung der Waren"; denn dessen verschiedene Beurteilung trägt entscheidend dazu bei, daß das uneigentliche Barattogeschäft von der einen Seite als Tausch, von der anderen als Doppelkauf angesehen wird. Aus den früheren Erörterungen ergibt sich, daß ein Veranschlagen einer Ware in Geld eine doppelte Bedeutung haben kann, je nachdem die Abschätzung zu dem Zweck geschieht, den Betrag zu ermitteln, der als Wertdifferenz von der einen Seite noch zu entrichten ist, oder aber um die Preise festzustellen, die von den Parteien als Gegenleistungen für die jeweilige Hingabe der Waren tatsächlich gewollt sind. M. E. ist die zahlenmäßige Wertfestsetzung bei dem zu unter-

1) Dernburg, Kisch, Kuhlenbeck, Gareis, Lehmann, Planck, Staub, Treitschke; ferner ROHG. V, 418.

2) Gareis z. B. wenn er sagt „Das uneigentliche Barattogeschäft — es ist ein Geschäft — ist eine juristische Verschmelzung . . . " s. auch Kuhlenbeck, Lehmann, Staub, Staudinger. S. auch Anm. 1, 2, 3, S. 1/2 unserer Arb.

suchenden Geschäft in dem Sinne aufzufassen, daß der von den Parteien bestimmte Wertbetrag von denselben auch begehrt wird, d. h. nicht nur zum Wertausgleich verwendet werden soll. „Es erfolgt die beiderseitige Lieferung der Sachgüter in der Art, daß für jede Leistung ein besonderer Preis bestimmt und die gegenseitigen Forderungen miteinander verrechnet werden“ [1]).

Selbst in den später noch zu erörternden Begriffsbestimmungen der Autoren, die einen Tausch annehmen, finden sich Anhaltspunkte für diese Meinung. Mit dem Wort „Zahlung“ [2]), das sowohl Staudinger als auch Warneyer verwendet, verbindet man gewöhnlich die Vorstellung von der Bewirkung einer Leistung in Geld. Nach dem bisher Gesagten steht aber fest, daß beim uneigentlichen Barattogeschäft diese Geldleistung nur in Zusammenhang gebracht werden kann mit der Hingabe einer Ware; denn bei obigem Geschäft kann für nichts anderes eine „Zahlung“ geleistet werden, da noch andere Verpflichtungen als die zur Hingabe von Waren nicht vorhanden sind.

Damit ist aber von den Vertretern beider Ansichten anerkannt, daß jeder Verpflichtung zur Warenlieferung eine solche zu einer Geldleistung entspricht. Nach all dem sind vier Forderungen gegeben, deren eines Paar die Hingabe von Sachen, deren anderes aber die Bewirkung von Geldleistungen zum Inhalt hat. Diese Verbindlichkeiten lassen sich nun unschwer als diejenigen erkennen, welche geeignet sind, zwei Kaufverträge zu bilden.

Als wichtiges Merkmal kann daher für das uneigentliche Barattogeschäft festgestellt werden, daß der nach

1) Handb. d. Rechtswiss.; siehe auch ROHG. V, 418ff. Kisch, Kuhlenbeck, Planck und Gareis verwenden in ihren Definitionen die Wendungen „aufrechnen der Preise“ und „verkaufen von Waren“, woraus mit Sicherheit geschlossen werden darf, daß sie „ein Veranschlagen in Geld“ in dem erwähnten Sinne auffassen. S. auch Anm. 1, 2, 3, S. 1/2.

2) „Jede Leistung wird zu Geld veranschlagt und zur Ausgleichung einer Zahlung verwendet“. (Staudinger, Warneyer, § 515).

außen hin in Erscheinung tretende Umsatz von Ware gegen Ware und evt. einer Ausgleichszahlung in Geld auf zwei Rechtsgeschäften beruht. Die Besonderheit des obigen Handels liegt somit zunächst darin, daß ein Vertrag oder eine Abmachung zwei Geschäfte enthält.

Trotz der Erkenntnis, daß das uneigentliche Barattogeschäft eine Mehrheit von Verträgen ausmacht, bleibt aber die Frage offen, wie jeder einzelne Vertrag und wie die Beziehungen der beiden Verträge zu einander beschaffen sein müssen, um dem Begriff des zu untersuchenden Rechtsgebildes gerecht zu werden. An Hand der schon am Eingang dieses Abschnitts erwähnten Entscheidung soll geprüft werden, ob zwei Kaufverträge, die in einem Bedingungsverhältnis zu einander stehen, mit dem Wesen des uneigentlichen Barattogeschäfts vereinbar sind.

Dem obigen Urteil lag kurz folgender Tatbestand zugrunde: bei einem Fabrikanten, der mit neuen Autos handelt, steht ein altes zur Reparatur. Der Fabrikant kauft dasselbe, während dessen Eigentümer einen neuen Wagen erwerben will. Die Kaufpreise sollen in der Weise getilgt werden, daß der volle Preis des neuen Wagens zum Teil durch den Wert des alten Wagens ausgeglichen werden soll.

Zunächst stellte das Gericht fest, daß es sich bei dieser Rechtslage nicht um einen Tausch, sondern um zwei Kaufverträge handele. Hierauf erörterte es den Begriff des uneigentlichen Barattogeschäfts in der früher [1]) angegebenen Weise und kam schließlich mit der folgenden Begründung zur Ablehnung des uneigentlichen Barattogeschäfts: „Dem Fabrikanten, der mit neuen Maschinen handelt, liegt dagegen (d. h. im Gegensatz zum uneigentlichen Barattogeschäft) nur an dem Absatz seiner Ware; er kauft seinem Abnehmer dessen alte Maschine nicht um ihrer selbst willen ab, sondern nur notgedrungen, weil dieser sonst die neue Maschine nicht von ihm kaufen würde. Dieser Umstand spricht für die Annahme, daß die Parteien den Kauf des neuen und des alten Automobils in einen

1) Siehe S. 47 dieser Abh.

rechtlichen Zusammenhang gebracht haben". Dieser wird im folgenden vom Gericht als gegenseitige Bedingtheit aufgefaßt.

Was kann man nun aus dieser Stellungnahme für das Wesen der im uneigentlichen Barattogeschäft zusammengefaßten zwei Kaufverträge feststellen?

In dem soeben erörterten Fall ist die Rechtslage dadurch gekennzeichnet, daß zwei Kaufverträge abgeschlossen sind, die insoferne in einer engen Beziehung zu einander stehen, als der eine nicht ohne den andern zustandegekommen wäre. Dies ergibt sich aus der Tatsache, das die Beteiligten jeweils nur an der Ausführung eines Rechtsgeschäfts wirklich interessiert sind. Dies gilt auch für den Erwerber des neuen Wagens insofern, als er als Verkäufer des alten Wagens auftritt. Nur auf den Absatz der eigenen Sache (des neuen bezw. des alten Wagens) ist ihr Augenmerk unmittelbar gerichtet. An dem Kaufvertrag, in welchem jeder Beteiligte jeweils Käufer ist, besteht im besprochenen Tatbestand zu mindesten auf der Seite des Käufers des alten Wagens kein wirkliches Interesse, in dem Sinne, daß er den Kaufgegenstand unbedingt erwerben will, d. h., selbst wenn er die eigene Sache nicht verkauft. Dies gilt auch für den Käufer des neuen Wagens; denn auch er kauft nur, damit (d. h. unter der Bedingung, daß) sein alter Wagen „daran genommen wird". Das Gericht nimmt nun bei dieser Rechtslage, wo jeweils der Abschluß eines Vertrags nur Mittel zum Zweck ist, um nämlich die eigentlich erstrebte Veräußerung der eigenen Sache verwirklichen zu können, mit Recht kein uneigentliches Barattogeschäft an. Die Begründung hierzu enthält die Feststellung, daß die Parteien die beiden Kaufverträge des uneigentlichen Barattogeschäfts im „bloßen Vertrauen auf die Ausführung beider Geschäfte schließen". Wie erklärt sich aber diese Einstellung der Beteiligten? Das OLG. gibt die richtige Antwort, wenn es sagt, „daß beide Parteien an der Ausführung beider Geschäfte interessiert sind". Ein „Interessiertsein an der Ausführung beider Geschäfte" bedeutet aber nun nichts anderes, als

daß jedem der am uneigentlichen Barattogeschäft Beteiligten nicht nur an der Veräußerung der eigenen Ware, sondern auch an der Erlangung derjenigen des Kontrahenten gelegen ist. — Dieser Ansicht könnte nun entgegengehalten werden, die Tatsache, daß es beiden Parteien um die Erfüllung beider Kaufverträge zu tun ist, könne auch so aufgefaßt werden, daß den Beteiligten in erster Linie an der Veräußerung der Waren gelegen sei, weniger an dem Erhalt derselben, kurz, daß die Absicht vor allen Dingen auf Geld gerichtet sei. Dies kann nun schon aus dem Grund nicht der Zweck des uneigentlichen Barattogeschäfts sein, weil die an demselben Beteiligten nicht als Verkäufer in Kaufverträgen, die jeweils mit Dritten geschlossen werden, auftreten, vielmehr ist jeder Verkäufer in dem einen Vertrag, Käufer im andern und damit zu einer Geldleistung verpflichtet. Die Parteien sind demnach nicht nur Geldempfänger, sondern auch Geldgeber, wobei die Geldforderungen, wie noch erörtert werden wird, nicht durch wirkliche bare Zahlungen getilgt werden, sondern durch das Erfüllungssurrogat der Aufrechnung, nämlich Geld zu erlangen, in keiner Weise erreicht wäre.

Damit ist der Einwand abzulehnen und festzustellen daß es den am uneigentlichen Barattogeschäft Beteiligten nicht ausschließlich darum zu tun ist, ihre Waren zu veräußern, sondern daß sie in eben dem Maße interessiert sind an der Erlangung der Waren.

Im Gegensatz zu der in der oben behandelten OLG.-Entscheidung bestehenden Interessenlage, daß eigentlich auf jeder Seite nur ein Hauptinteresse vorhanden ist, welchem aber zwei Verträge dienen, möchte ich es für das zu untersuchende Geschäft als charakteristisch bezeichnen, daß jeder Beteiligte zwei unmittelbare Interessen hat, wovon das eine auf die Veräußerung der eigenen Sache, das andere auf die entgeltliche Erlangung einer fremden gerichtet ist. Daraus folgt, daß die eine Partei nicht kauft damit auch die andere kauft. Vielmehr schließt jeder Beteiligte einen Kaufvertrag ab um der mit demselben verbundenen Rechtsfolge willen. Etwas anderes soll nicht

bezweckt werden. Die Kaufverträge des uneigentlichen Barattogeschäfts stehen somit niemals in dem Verhältnis von Mittel und Zweck, sondern jeder von beiden soll einem eigenen Zweck dienen, sodaß eigentlich zwei Zwecke verfolgt werden. Wenn aber jedes der im uneigentlichen Barattogeschäft zusammengeschlossenen Geschäfte einem eigenen d. h. selbständigen Interesse dienen soll, dann folgt daraus, daß durch eine Nichtverwirklichung des mit dem einen Vertrag beabsichtigten Zieles der andere nicht betroffen wird. Dies heißt aber nichts anderes, als daß einem selbständigen unmittelbaren Interesse ein selbständiger und damit rechtlich unabhängiger Vertrag entspricht.

Damit kann als weiteres für die rechtliche Natur des zu untersuchenden Handels wesentliches Merkmal festgestellt werden, daß jedem der Kaufverträge ein eigener Umsatzzweck zugrundeliegt, der darin besteht, daß jede Partei die Ware des anderen um ihrer selbst willen kauft ohne Rücksicht darauf, daß auch dieser seine Ware an den Erstkäufer veräußern kann. Jedes Rechtsgeschäft hat somit die gesetzlichen Erfordernisse eines Kaufvertrages, der auf die Hingabe von Ware gegen Geld gerichtet ist. Zwischen den beiden Verträgen besteht rechtliche Beziehungslosigkeit in dem Sinne, „daß sie infolge der rechtlichen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit der beiderseitigen Leistungen juristisch getrennt behandelt werden müssen und so die Gültigkeit des einen von der Ungültigkeit des anderen in keiner Weise berührt wird“[1]).

Wenn man die beiden Kaufverträge so auffaßt, dann scheidet somit die Möglichkeit aus, sie in einer gegenseitigen Beziehung zu sehen, die anders geartet ist als diejenige, welche in der OLG.-Entscheidung festgelegt wurde. War dort ein Mittel-Zweckverhältnis vorhanden und wurde das Vorliegen eines uneigentlichen Barattogeschäfts verneint, so muß man ebenfalls zu einer Ablehnung desselben kommen, wenn zwei Kaufverträge vorhanden sind, von denen der eine nicht ohne den anderen geschlossen wird, weil jede Partei die Ware zu

1) Hdb. d. Rechtswiss.; OLG. 20/184; Kuhlenbeck § 515.

erhalten sucht, die die andere verkaufen will und gerade diejenige zu veräußern wünscht, welcher die andere bedarf. Die Rechtslage ist dadurch gekennzeichnet, daß zwei Kaufverträge dem Tauschwillen von zwei Personen dienen sollen[1]). Liegt zwei Verträgen ein Tauschzweck zugrunde, so muß jeder einzelne Vertrag sein Eigenleben und seine Selbständigkeit aufgeben. Es handelt sich nur noch um Verträge, bei denen jeder durch den anderen bedingt, damit von ihm abhängig ist und einem einheitlichen Umsatzzweck zu dienen hat, der in der Hingabe von Ware gegen Ware besteht.

Der beim uneigentlichen Barattogeschäft mit jedem Vertrag verfolgte eigene Zweck fehlt somit. Damit kann festgestellt werden, daß zwei Verträge, die in dem soeben erörterten Tauschverhältnis zu einander stehen, nicht mit dem Wesen des uneigentlichen Barattogeschäfts zu vereinbaren sind.

Zudem ist aber noch strittig, ob es sich bei Verträgen, die dem Austausch von Gegenständen dienen sollen, um wirkliche Kaufverträge handelt. Dies ist zu verneinen, da bei Abmachungen die für den Kauf kennzeichnende Zahlungsverpflichtung naturgemäß völlig in den Hintergrund tritt, wenn die gegenseitige Verschaffung von Gegenständen der eigentliche Zweck ist. Solche Verträge sind also nicht geeignet, das uneigentliche Barattogeschäft zu bilden, da dieses, wie schon festgestellt wurde, aus zwei echten Kaufverträgen zusammengesetzt ist.

Das ROHG.[2]) glaubte das Vorliegen eines uneigentlichen Barattogeschäfts dann verneinen zu müssen, „wenn die Waren nur der Gattung nach, der Preis aber noch gar nicht bestimmt sei". Es hält „die Spezialisierung und Fixierung sowohl der Ware als des Preises für ein wesentliches Moment" jenes Geschäfts. Eine Begründung für diese Auffassung ist nicht gegeben. Ich möchte die Ansicht des ROHG. deshalb nicht teilen, weil nicht

1) Vgl. die an anderer Stelle schon behandelte Entsch. JW. 1898, 307/89.

2) ROHG. 5/419; Seuff. Arch. 27 Nr. 22.

einzusehen ist, warum man auf das uneigentliche Barattogeschäft gerade die nach Gesetz und Praxis für den Kauf aufgestellten Grundsätze nicht anwenden will, die dazu beitragen, diese Vertragsform dem Bedürfnis des Verkehrs anzupassen und für denselben brauchbar zu machen. Auch mit Rücksicht darauf, daß das uneigentliche Barattogeschäft gewöhnlich im Viehhandel vorkommt, kann kein anderer Standpunkt vertreten werden; denn auch für den Viehkauf gelten die allgemeinen Kaufpreisvorschriften und in § 491 BGB. sind ausdrücklich die Mängelgewähransprüche bei einem nur der Gattung nach bestimmten Tierkauf geregelt, womit aber gleichzeitig derselbe als rechtlich möglich anerkannt wird. Es ist ferner für das uneigentliche Barattogeschäft festzustellen, daß auch bei ihm die beiden Kaufpreise nicht von vornherein bestimmt sein müssen, daß vielmehr ihre Bestimmbarkeit genügt. Vor allem kommen die Vorschriften der §§ 315 bis 319 BGB. und des § 453 BGB. in Betracht, wonach die Festlegung der Kaufpreisforderung entweder einem der Vertragsschliessenden oder dem Verkäufer oder einem Dritten überlassen werden kann, während bei einer marktgängigen Ware als Kaufpreis regelmäßig der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebende Marktpreis als vereinbart gilt.

Planck[1]) verlangt, daß beim uneigentlichen Barattohandel „zwei Personen einander Gegenstände zu gleichen Kaufpreisen verkaufen".

Dies bedeutet m. E. eine Beschränkung des Rechtsgebildes auf einen bestimmten Fall, der im praktischen Leben wohl selten vorkommen wird. Wenn schon beim Tausch, wie früher erörtert wurde, im Wert verschiedene Gegenstände einander gegenüberstehen können, sodaß von dem Veräußerer des weniger wertvollen Gutes noch eine „Tauschaufgabe"[2]) gemacht wird, so wird erst recht ein „Verkauf zu gleich hohen Preisen" eine Seltenheit sein. Dieser ist m. E. unter keinen Umständen für das uneigentliche Barattogeschäft begriffswesentlich und für

1) Planck, § 515, 1.
2) Staudinger, § 515.

die Beteiligten in der Richtung maßgebend, daß sie nur bei seinem Vorhandensein den Handel eingehen würden. Wie oben festgestellt wurde, dient das uneigentliche Barattogeschäft der Erfüllung eines doppelten Interesses an der Veräußerung der eigenen und der Erlangung der fremden Sache, sodaß es den Parteien völlig gleichgültig ist, ob die Waren gleich viel wert sind oder nicht. Eine ungerechte Vermögensverschiebung kann einfach dadurch vermieden werden, daß nach der „Be- und Verrechnung der gleich hohen Summen“ [1]) der sich etwa noch ergebende Unterschied „durch eine Zahlung ausgeglichen wird“ [2]). Daß die Parteien aber nur dann ihre Kaufverträge abschließen, wenn diese Zuzahlung nicht nötig ist, da die Forderungen sich vollkommen decken, kann nach all dem kein Merkmal des uneigentlichen Barattogeschäfts sein.

Im Zusammenhang mit der Erörterung des von Planck [3]) angenommenen Erfordernisses ist bereits ein weiteres Kennzeichen für das zu untersuchende Geschäft berührt worden. Es ist darin zu sehen, daß jeder Beteiligte als Geld-Gläubiger nicht den Gegenstand seiner Forderung erhält, sondern Befreiung von der eigenen Schuld im Wege der Aufrechnung. Diese kann mit dem Willen oder gegen den Willen des Gläubigers erfolgen. In ersterem Falle liegt ein Kompensationsvertrag zugrunde inhalts dessen zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbart wird, daß gewisse Forderungen durch Aufrechnung getilgt sein oder werden sollen. Es können nämlich nicht nur bestehende Forderungen für erloschen erklärt, vielmehr kann auch die Aufhebung künftiger Forderungen beschlossen werden. Die Aufrechnungserklärung als einseitiger Willensakt des Schuldners ist die andere Möglichkeit, eine Schuld zum Erlöschen zu bringen.

In fast allen Begriffsbestimmungen der Autoren und

1) Lehmann, § 164. S. 724.

2) ROHG. 5/419; Gareis S. 545; Staub Vorb. v. § 373 S. 616.

3) Planck, § 515, 1.

4) Dernburg § 199, I, S. 136; Lehmann S. 724; Staub, Vorbem. vor § 373, I, 2 S. 616 HGB.; Toehl § 251 Anm. 2, ROHG. 5, 419; OLG. 20/184.

der Rechtsprechung[4]), die sich mit dem uneigentlichen Barattogeschäft befassen, kommt zum Ausdruck, daß die Aufrechnung der beiden Geldforderungen durch einen Aufrechnungsvertrag geschieht. Sie sprechen zum Teil[1]) von „vereinbarter" oder „verabredeter" Aufrechnung, zum Teil[2]) unmittelbar von einem Aufrechnungsvertrag.

Was ist nun die Besonderheit desselben? Ist er geeignet, das zu untersuchende Geschäft besonders zu charakterisieren?

Im BGB. ist er nicht geregelt. Seine Zulässigkeit ist aber nicht zu bezweifeln und folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit für Verpflichtungsgeschäfte. Von besonderer Bedeutung ist er überall da, wo es „an einer wesentlichen Voraussetzung für die einseitige Aufrechnung fehlt (Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit der Forderungen, Fälligkeit der Gegenforderung)"[3]). Trotzdem ist für den Abschluß eines Aufrechnungsvertrages erforderlich, daß die beiderseitigen Forderungen zu Recht bestehen. „Nach der wohl herrschenden Lehre ist der Vertrag ein gegenseitiger Erlaßvertrag, bei welchem die beiden Erlaßakte synallagmatisch miteinander verknüpft sind, sodaß die Ungültigkeit des einen ohne weiteres auch die des anderen mit sich bringt"[4]). Die Parteien können auch vereinbaren, „daß die gleichen Wirkungen herbeigeführt werden, die eine einseitige Aufrechnung des Schuldners hat, insbesondere also die Rückwirkung in demselben Umfang, wie sie im § 389 BGB. vorgeschrieben ist. Insoweit geht er dann über einen gegenseitigen Erlaßvertrag hinaus"[5]).

Der Vorteil des Aufrechnungsvertrages, daß Forderungen auch in dem Fall getilgt werden, wo die Voraus-

---

1) Lehmann, a.a.O., Staub, a.a.O., Thoel, OLG. 20/184 und ROHG. 5/419.

2) Dernburg, a.a.O., und Handb. d. Rechtswissensch., auch Kisch.

3) RG. 72, 378; 78/384; 104/188; RGRK. § 387, 1; Staudinger, Vorbem. zu § 387, Schuldverh., 1. Teil.

4) Staudinger, ebenda; Enneccerus, II, § 69; Oertmann, Vorbem. 2 zu § 387.

5) Planck, Vorbem. zu § 387, 1; Enneccerus, II, § 69; ebenso Oertmann, Vorb. 2 zu § 387, der dies sogar als Regel ansieht.

setzungen der gesetzlichen Kompensation nicht vorhanden sind, kann m. E. nicht maßgebend sein für seine Annahme beim uneigentlichen Barattogeschäft. Der Grund ist in der einfachen Tatsache zu sehen, daß das Fehlen der Voraussetzungen der einseitigen, im Gesetz geregelten Aufrechnung, ein Hauptanwendungsgebiet des Kompensationsvertrages, nicht zum Wesen jenes Geschäfts gehört. Wie oben betont, stehen, sich zwei Geldforderungen gegenüber; die Gegenseitigkeit in dem Sinne, daß der Schuldner der einen Forderung identisch ist mit dem Gläubiger der andern, ist gewahrt, ferner auch die Bedingung der Fälligkeit der Forderungen. Wenn nun aber die meisten Autoren trotzdem einen Aufrechnungsvertrag annehmen, dann muß dies eine andere Ursache haben; denn die Rechtslage beim uneigentlichen Barattogeschäft ist die gleiche wie bei der einseitigen Aufrechnung, sodaß dieselbe genügen würde, um die Forderung zu tilgen. Trotzdem soll von den Beteiligten über die Aufrechnung eine Vereinbarung getroffen sein.

Es könnte dem zunächst entgegengehalten werden, daß ein Aufrechnungsvertrag ausgeschlossen sei, wenn bereits die Voraussetzungen einer vom Willen des Gläubigers unabhängigen, d. h. der im Gesetz geregelten Kompensation vorlägen, weil schon durch eine solche die entgegenstehende Forderung erlösche.

Das RG.[1]) vertritt nicht die in dem Einwand geäußerte Ansicht. Es weist darauf hin, daß kein Grund ersichtlich sei, in einem solchen Fall den Parteien zu verbieten, kraft der Vertragsfreiheit die Aufrechnung zum Gegenstand einer Vereinbarung zu machen. Der Zweck desselben sei, die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Aufrechnung, gleichviel, ob man darin eine Tilgung, einen Erlaß oder einen Verzicht sehe, außer Zweifel zu setzen. Die Gegenmeinung übersehe, daß die Aufrechnungserklärung das Erlöschen der entgegenstehenden Forderung nur dann bewirke, wenn die aufzurechnende Forderung

1) RG. in Gruch. 64/722; s. auch Staudinger Vorbem. zu § 387; RGRK. § 387, 1.

in Wirklichkeit bestehe und, soweit sie zur Aufrechnung verwendet werde, begründet sei. Dies habe im Falle der Bestreitung der Aufrechnende erst zu beweisen. „Der Aufrechnungsvertrag, durch den der Gegner anerkennt, daß die Aufrechnungsforderung besteht, und damit einverstanden ist, daß durch sie eine eigene getilgt wird, hat damit die wichtige Bedeutung, daß dem Aufrechnenden der Beweis seiner Forderung und ihre Höhe bis zur Ziffer der Gegenforderung erspart ist“ [1]).

Damit ist die Zulässigkeit eines Aufrechnungsvertrages auch dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der einseitigen Aufrechnung gegeben sind, zu bejahen: denn gerade hierbei gewinnt er insoferne erhebliche praktische Bedeutung, „als er den Aufrechnenden des Beweises enthebt, daß seine aufgerechnete Forderung wirklich bestand und begründet war“ [2]).

Trotzdem halte ich den Aufrechnungsvertrag nicht für begriffswesentlich für das uneigentliche Barattogeschäft wie umgekehrt sein Vorhandensein nicht gegen das Vorliegen dieses Geschäfts sprechen kann, weil er ja eigentlich nur eine Beweiserleichterung für einen der Beteiligten mit sich bringt. Ich möchte meinen Standpunkt unter Beachtung der bisher für das uneigentliche Barattogeschäft gewonnenen Merkmale wie folgt begründen:

Das RG. hat mit Recht betont, daß die in dem § 389 BGB. niedergelegte Wirkung der einseitigen Aufrechnungserklärung nur bei Bestehen der Forderungen eintreten könne, weil eben von einer Tilgung nur dort gesprochen werden könne, wo etwas mit etwas zu tilgen sei. Dies heißt aber, auf die beiden rechtlich unabhängigen Kaufverträge des uneigentlichen Barattogeschäfts angewandt nichts anderes, als daß in dem Falle, wo die aufzurechnende Forderung nicht besteht oder ihr Vorhandensein nach erfolgter Bestreitung nicht bewiesen werden kann, die Gegenforderung nicht erloschen ist, daß folglich die eine Partei, anstatt ihre eigene Schuld mit ihrer Forderung

1) Gruch. wie Fußnote 1) S. 58; siehe RG. im Recht 1920 Nr. 2825.
2) RGRK. § 387/1 und Soergel, § 387.

begleichen zu können, jene mangels einer solchen tatsächlich erfüllen muß. Dies steht aber dem Parteiwillen, welcher dem uneigentlichen Barattogeschäft zugrunde liegt, nicht entgegen; denn es sind zwei selbständige Käufe mit den durch Gesetz und Rechtsprechung bestimmten Erfordernissen vorhanden, die eben nur dadurch verbunden sind, daß ihre Erfüllung im Wege der Verrechnung der Kaufpreise geschieht; ein Bedingungsverhältnis ist nicht gegeben, wie schon früher betont wurde.

Man würde dem Wesen des zu untersuchenden Geschäfts auch nicht gerecht werden, wenn man einwenden würde, daß es den beiden Beteiligten besonders oder auch nur u. a. auf die Deckung der jeweiligen Schulden durch das Erfüllungssurrogat der Aufrechnung ankomme, und daß zu diesem Zweck ein Aufrechnungsvertrag vereinbart sei, der eine Barzahlung unter allen Umständen ausschließen könne, weil mit ihm „das Bestehen der beiden Forderungen anerkannt werde“ [1]), sodaß die von den Parteien beabsichtigte unbare Tilgung gesichert sei. — Die Annahme, daß die Verrechnung der Forderungen von den Parteien gewollt ist, muß deshalb abgelehnt werden, weil dem die Tatsache entgegensteht, daß jeder Beteiligte die Ware des andern nur um ihrer selbst willen und nicht notgedrungen kauft wobei es ihm gleichgültig ist, ob die Geldforderungen im Endergebnis nicht durch Barzahlung beglichen werden oder ob dem jeweiligen Gläubiger die geschuldete Leistung selbst erbracht wird.

Die Parteien sind in beiden Verträgen am Umsatz von Ware gegen Geld interessiert, wobei ihr Augenmerk weniger darauf gerichtet ist, wie die Geldleistung erlischt, sei es durch bare Erfüllung oder durch einen Ersatzwert. Folglich ist auch die Aufrechnung niemals in dem Sinne wesentlich, daß die Parteien die beiden Umsatzgeschäfte nur unter der Bedingung abschließen, daß aufgerechnet wird. Sie spielt vielmehr auch beim uneigentlichen Barattogeschäft nur die ihr von der Rechtsordnung einge-

1) RG. im Recht, 1920, Nr. 2825.

räumte Rolle, indem sie dem Gesichtspunkt der Billigkeit dient, daß ein Schuldner, der selbst Geld zu fordern hat, nicht seinerseits zur Zahlung angehalten werden kann. Ferner ist auch hier für die Aufrechnung der Zweckmässigkeitsgedanke maßgebend, daß Hin- und Herzahlungen vermieden werden sollen.

Nach alledem ist der Aufrechnungsvertrag nicht geeignet, daß uneigentliche Barattogeschäft besonders zu charakterisieren.

Schließlich möchte ich noch die Frage erörtern, ob die beiden im uneigentlichen Barattogeschäft zusammengeschlossenen Kaufverträge in einem Rechtsakt abgeschlossen werden müssen. Die Stellungnahme hierzu hängt auf das engste mit dem weiter oben erwähnten Kennzeichen des Geschäfts zusammen, daß es sich um ein Geschäft zwischen zwei Personen handelt, inhalts dessen zu Geld veranschlagte Waren hingegeben werden sollen, was wie früher festgestellt, rechtlich als der Abschluß von zwei selbständigen Kaufverträgen im Rahmen einer Vereinbarung aufgefaßt wird. Dies heißt aber nichts anderes, als daß ein uneigentliches Barattogeschäft dann nicht vorliegt, wenn es durch mehrere Rechtsakte zustandekommt, denn dann kann nicht mehr von einem Vertrag mit jenem Inhalt gesprochen werden, vielmehr liegen zwei selbständige Kaufverträge vor, mit der Besonderheit, daß jedem selbständigen Vertrag ein selbständiger Rechtsakt entspricht. Wenn ein Rechtsakt ein für mehrere Personen bedeutungsvoller Akt ist, durch den eine Rechtslage gestaltet werden, d. h. die Entstehung, die Veränderung oder der Untergang eines Rechtsverhältnisses bewirkt werden soll, so möchte ich für das uneigentliche Barattogeschäft das Zustandekommen der beiden Kaufverträge innerhalb eines einheitlichen Rechtsaktes als charakteristisch bezeichnen.

Daran kann auch das Vorliegen von zwei Verträgen nichts ändern; denn für den Begriff des Rechtsaktes kommt es nicht auf die Rechtsnatur oder die Zahl der abgeschlossenen Verträge an, vielmehr ist es wesentlich festzustellen,

ob dieselben auf einem einheitlichen Willen der Beteiligten, rechtsgestaltend zu wirken, beruhen. Der Rechtsakt ist gewissermaßen der die einzelnen genau bestimmten Abmachungen umschließende Rahmen. Daraus folgt, daß die Einzelgeschäfte als solche rechtlich von einander unabhängig sind.

Als Abschluß der Betrachtung über die Merkmale des uneigentlichen Barattogeschäfts soll eine Begriffsbestimmung desselben versucht werden, der folgende Tatsachen zugrunde liegen: von beiden Seiten werden Waren hingegeben, wobei für dieselben jeweils Werte eingesetzt werden, die als Leistungsgegenstand gedacht und gewollt sind; bei Preisverschiedenheit erfolgt eine Zahlung des Betrages, der sich als Unterschied zwischen den aufgerechneten Forderungen auf einer Seite ergibt.

Rechtlich ist dies als uneigentliches Barattogeschäft zu beurteilen. Es ist vorhanden, wenn zwei Personen im Rahmen eines einheitlichen Rechtsaktes zwei Kaufverträge mit umgedrehter Parteistellung abschließen, wobei die Kaufpreisforderungen ganz oder teilweise, sei es durch gesetzliche Kompensation, sei es durch Aufrechnungsvertrag, miteinander verrechnet werden. Die Verträge dienen zwar einem doppelten Interesse, das darin besteht, daß jeder Partei nicht nur an der Veräußerung der eigenen Ware, sondern auch an der Erlangung der fremden gelegen ist, sind aber nicht gegenseitig derart bedingt, daß der eine nicht ohne den andern zustande kommt; vielmehr sind sie rechtlich völlig unabhängig von einander.

Nach der näheren Erörterung der Wesensmerkmale des uneigentlichen Barattogeschäfts soll nun geprüft werden, ob es sich rechtlich als Doppelkauf darstellt. Dies ist zu bejahen und ergibt sich unmittelbar aus dem Doppelkaufsbegriff[1]).

Wenn unter einem Doppelkauf die rein äußerliche

1) Um Wiederholungen zu vermeiden, verweise ich auf § 4 dieser Arbeit, in welchem das Wesen desselben geprüft ist. An dieser Stelle kann ich mich darauf beschränken, nur das Ergebnis jener Untersuchung anzuführen.

Zusammenfassung zweier Kaufverträge verstanden wird, die deshalb rechtlich selbständig sind, weil mit jedem ein besonderer Umsatzzweck verfolgt wird, sodaß beide Teile ihre Waren auch ohne das Gegengeschäft verkauft hätten, so ergibt sich, daß dies ohne weiteres mit dem oben beschriebenen Wesen des uneigentlichen Barattogeschäfts vereinbar ist. Rein äußerlich betrachtet, handelt es sich jeweils um einen Umsatz von Ware gegen Ware und evt. einer Ausgleichszahlung in Geld seitens des Vertragsteils, der den weniger wertvollen Gegenstand leistet. Rechtlich zeigt sich insoferne eine Uebereinstimmung, als der Zweck der bei beiden Rechtsgebilden mit diesem Güteraustausch verfolgt wird, der gleiche ist; denn es liegt eine Mehrheit juristisch selbständiger Verträge vor, die sich dadurch kennzeichnen lassen, daß sie zwei selbständigen Interessen zu dienen bestimmt sind, die bei jedem Kontrahenten auf Warenveräußerung und Warenerlangung gehen. Zu dem Zweck enthalten sie die Verpflichtung zur Lieferung von Sachgütern in der Art, daß für jede Leistung ein besonderer Preis bestimmt ist, wobei die gegenseitigen Forderungen verrechnet werden. Die Beteiligten wollen in erster Linie für die Hingabe ihrer Waren Geld haben; doch tritt gewissermaßen die Sachhingabe jeweils an die Stelle der eigentlichen begehrten Geldleistung. Jeder Beteiligte verkauft, auch wenn der Gegner nicht verkaufen sollte, jeder kauft, auch wenn der andere nicht kaufen sollte, weil es eben jeder Partei ausschließlich darum zu tun ist, entweder zu verkaufen oder zu kaufen.

Hat demnach das uneigentliche Barattogeschäft die gleichen äußerlichen und rechtlichen Merkmale wie der Doppelkauf, so wird die Richtigkeit dieser Ansicht noch dadurch bestätigt, daß die Rechtsfolgen, welche Wandelung, Minderung, Rücktritt, Anfechtung und Vorkaufsrecht bei dem Doppelkauf haben, auch beim uneigentlichen Barattogeschäft[1]) mit dem Parteiwillen und dem Zweck, die diesem Rechtsgebilde zugrundeliegen, übereinstimmen. Wenn das uneigentliche Barattogeschäft durch zwei recht-

1) Siehe § 5 dieser Arbeit.

lich unabhängige Kaufverträge charakterisiert ist, wobei jede Partei an der Ausführung jedes einzelnen Geschäfts ein selbständiges Interesse hat, dann erscheint es gerechtfertigt und gewollt, daß von den beiden Verträgen auch nur immer derjenige betroffen wird, auf den sich z. B. die Erklärung der Wandelung oder Minderung bezieht. Es entspricht ferner dem Geschäftszweck, daß beide Abmachungen ein verschiedenes rechtliches Schicksal haben, selbst wenn die Wirkungen der einen vollkommen rückgängig gemacht werden, wie beim Rücktritt oder wenn, wie bei der Anfechtung der Vertrag gemäß § 142 BGB. als von Anfang an als nichtbestehend angesehen wird. Wenn die Kaufverträge auch im Rahmen eines einheitlichen Rechtsaktes zustandegekommen sind, so sind sie bezüglich der Verpflichtungen der Beteiligten als zwei selbständige Geschäfte zu behandeln, sodaß auch die Ausübung eines Vorkaufsrechts ohne weiteres möglich ist. — Nach all dem ergibt sich für die rechtliche Natur des zum Umsatz von Ware gegen Ware und evtl. einer Ausgleichszahlung führenden uneigentlichen Barattogeschäfts, daß sie durch zwei getrennte von einander unabhängige Kaufverträge gekennzeichnet werden muß, bei deren Erfüllung die beiden Geldforderungen nicht durch bare Geldzahlungen getilgt werden, sondern durch Aufrechnung.

Schließlich soll die Ansicht eines Autors[1]) erwähnt werden, der das uneigentliche Barattogeschäft als „juristische Verschmelzung zweier Kaufverträge“ ansieht.

Wenn man „Verschmelzung“ in seinem eigentlichen Wortsinne faßt, dann ist dieses Wort nicht geeignet, das Verhältnis zu charakterisieren, in welchem die beiden in jenem Geschäft zusammengeschlossenen Verträge zu einander stehen. Diese Beziehung wurde als eine ganz äußerliche geschildert. Sie kann nur so erscheinen, weil sie zwischen zwei Verträgen besteht, die außer der gegenseitigen Verrechnung der Kaufpreise und dem Zustandekommen im Rahmen eines einheitlichen Rechtsaktes rechtlich so völlig getrennt bleiben, daß sie in rechtlicher, zeit-

1) Gareis, S. 545.

licher und räumlicher Hinsicht gänzlich unabhängig von einander hätten geschlossen werden können. Diese lose Verbindung kann aber nicht mit dem Begriff Verschmelzung beschrieben werden, da man damit gewöhnlich ein engeres Verbundensein zu bezeichnen pflegt[1]).

§ 7. Ablehnung des uneigentlichen Barattogeschäfts als Tauschgeschäft.

Der im vorausgegangenen Abschnitt vertretenen Ansicht steht die hauptsächlich von zwei Autoren verteidigte Meinung gegenüber, daß das uneigentliche Barattogeschäft rechtlich als Tausch anzusehen sei. Dieser Auffassung liegt folgende Begriffsbestimmung zugrunde: „Das uneigentliche Barattogeschäft, bei dem beide Teile Waren hingeben, aber die Leistung jeden Teiles in Geld veranschlagt und zur Ausgleichung einer Zahlung gemacht (verwendet) wird, ist als Tausch anzusehen“[2]). Schon früher wurde betont, daß es für die Ablehnung oder Bejahung eines Tausches maßgebend darauf ankomme, welche Stellung man gegenüber dem Begriffe des Veranschlagens einer Ware in Geld einnimmt. Dies möchte ich als Kernpunkt der Arbeit auch hier betonen, denn es scheint mir die Annahme eines Tausches insoferne nicht folgerichtig, als die beiden Autoren die von ihnen gegebenen Definitionen so gefaßt haben, daß man auch bei ihnen unschwer einen Doppelkauf annehmen muß. Sie gebrauchen nämlich das Wort „Zahlung“, wobei sie betonen, daß deren „Ausgleichung“ durch die auf Hingabe einer Ware gerichtete und in Geld abgeschätzte Leistung, jedes Beteiligten geschieht. Schon früher[3]) wurde der Begriff Zahlung mit Bewirkung einer Geldleistung umschrieben. Es wurde auch festgestellt, daß Zahlung nur als Gegenverpflichtung zu derjenigen auf Hingabe einer Ware verstanden werden kann, da andere Verbindlichkeiten beim uneigentlichen Barattogeschäft nicht vorkommen und des-

1) Vgl. Bechmann. S. 172/73, Anm. 2.
2) Staudinger, § 515, III, 2d; Warneyer, § 515, I.
3) Siehe S. 49 dieser Abh.

halb auch für nichts anderes gezahlt werden kann, d. h. aber, daß dann, wenn jeweils die in Geld veranschlagte Ware die Zahlung für die Ware des Gegners ausgleichen soll, die Wertbezifferung nur den Sinn hat, einen Preis festzustellen, welcher als Leistungsgegenstand gelten und Inhalt und Maß der beiderseitigen Vertragsrechte und Pflichten mitbestimmen soll. Damit ist festgestellt, daß die „primäre Absicht der Parteien auf eine Wertleistung geht“ [1]).

Es steht somit aber auch fest, daß die beiden Autoren den Aufrechnungsbegriff nur umschrieben haben; denn sie sind, wie sich vorstehend ergeben hat, der Meinung, daß für jede Ware Geld geschuldet ist. Was heißt es aber anders, als zwei gleichartige Schulden zwischen denselben Personen wettschlagen, wenn zwei Parteien wechselseitig Waren hingeben, für die jeweils vom Empfänger eine Zahlung zu leisten ist und jede Partei die ihr zustehende Forderung auf Zahlung benützt, um ihre Zahlungsverpflichtung „auszugleichen“ (zu decken). Wo aber für Warenlieferungen zu leistende Geldforderungen durch „Ausgleichung“ getil gtwerden, ist für die Annahme eines Tausches kein Raum.

Damit steht fest, daß die Autoren, welche bezüglich der Frage, welche rechtliche Natur das uneigentliche Barattogeschäft hat, von der in dieser Arbeit vertretenen Meinung abweichen, hinsichtlich der Beschreibung des Inhalts des Geschäfts, d. h. dessen, was die Parteien eigentlich bezwecken wollen, doch mit den Vertretern übereinstimmen, die einen Doppelkauf annehmen. Auch Staudinger und Warneyer geben zu, daß das Veranschlagen in Geld nicht den Zweck verfolgt, der mit dem Tauschbegriff zu vereinbaren ist, sondern daß es den Inhalt einer wirklichen Schuldverbindlichkeit bestimmen soll. Sie bejahen damit, daß jeweils neben die Verpflichtung zur Hingabe einer Ware diejenige zur Bewirkung einer Geldleistung tritt. Wenn sie aber der Verpflichtung zur Verschaffung der Ware diejenige zur Entrichtung einer Zahlung

1) Folkerts, S. 15.

gegenüberstellen, so stimmen auch sie darin überein, daß die Beteiligten in erster Linie für die Hingabe ihrer Waren Geld wollen, daß dieses vor allem die Gegenleistung für erstere sein soll, kurz, daß jede Partei einen echten Kaufvertrag abschließen will. Hingabe von Ware und Leistung von Geld stehen sich jeweils gegenüber.

Damit ist aber eine Rechtslage gegeben, die der Annahme eines Tauschvertrags grundsätzlich entgegensteht und nicht mit demselben zu vereinbaren ist[1]). Dabei soll an dieser Stelle nochmals betont werden, daß diese Feststellung nicht auf die Meinung gestützt wird, eine Wertbestimmung spreche von vornherein gegen einen Tausch; im Gegenteil ist es durchaus möglich, daß „Kontrahenten ihre Sachen unmittelbar austauschen wollen, obwohl sie die durch Wertschätzung gefundene Wertdifferenz durch die Geldleistung ausgleichen“[2]). Maßgebend für die oben aufgestellte Behauptung ist aber, daß das uneigentliche Barattogeschäft eine so geartete Wertbestimmung mit dem Ziel eines Wertausgleiches nach übereinstimmender Auffassung sämtlicher Autoren nicht kennt.

Wenn oben festgestellt wurde, daß eine Rechtslage vorhanden sei, die mit dem Tauschvertrag nicht zu vereinbaren ist, so erklärt sich dies daraus, daß es vor allem an dem wesentlichen Erfordernis fehlt, daß der Austausch der beiden Sachen dem beiderseitigen Wunsch entspringt „gerade die in der Hand des andern Teils befindliche Sache und nur diese an Stelle der eigenen Sache zu erhalten“[3]). Ein Gegenstand wird nicht um des andern willen geliefert, der Umsatz der Waren geht nicht in einem so gearteten Abhängigkeitsverhältnis vor sich, daß die eine Ware nur dann hingegeben wird, wenn auch die Verschaffung der anderen erfolgt. Daraus ergibt sich wiederum, daß es bei dem uneigentlichen Barattogeschäft an dem für den Tausch so wesentlichen einheitlichen Umsatzzweck mangelt, denn dem zu untersuchenden Geschäft

1) Siehe § 4 der Arb. zur näheren Belegung dieser Behauptung.
2) Bechmann, S. 172. Siehe auch RG. 73/88; Wenz S. 201.
3) Flesch, in IheringsJ. 19/330.

liegen zwei gleichgeartete selbständige Umsatzzwecke zugrunde, die verfolgt werden durch eine Mehrheit unabhängiger Verträge.

Gemeinsam ist dem einheitlichen Tauschvertrag und den im uneigentlichen Barattogeschäft enthaltenen Doppelkauf, daß sie beide dem Umsatz von Ware gegen Ware und evt. einer Ausgleichszahlung dienen; verschieden ist aber ebenso wie bei der Gegenüberstellung Tausch/Doppelkauf der mit jenem Güteraustausch verfolgte Zweck. Während beim Tausch jede Ware als Gegenleistung für die anderen anzusehen ist, spielt beim uneigentlichen Barattogeschäft diese Rolle jeweils eine bestimmte Geldsumme.

Aus all dem folgt, daß das uneigentliche Barattogeschäft auf Grund der ihm gegebenen Zweckbestimmung rechtlich nicht als Tausch gesehen werden kann, wenn er auch wirtschaftlich evt. zum gleichen Ergebnis führt wie dieser und wenn er auch ausgezeichnet ist durch ein doppeltes Interesse, gerichtet auf Veräußerung der eigenen und Erlangung der fremden Sache. Diese beiden Interessen stehen aber beim Tausch in der Weise einander gegenüber, daß ihre Verwirklichung unmittelbar von einander abhängt, während beim uneigentlichen Barattogeschäft für die Hingabe eines individuellen Wertes nicht die eines andern, sondern eine Geldleistung erstrebt wird, und die Erfüllung des Interesses, gerichtet auf die Erlangung einer bestimmten Sache durch einen selbständigen Vertrag geschieht. Dies folgt aus der Tatsache, daß den uneigentlichen Barattohandel zwei Kaufverträge ausmachen, während der Tausch durch einen einzigen Vertrag gebildet wird.

Endlich scheint auch die folgende Betrachtung die Richtigkeit eine Ablehnung des Tausches zu bestätigen. Es wurde schon früher aufgezeigt, in welcher Weise Rücktritt oder Anfechtung den Tauschvertrag beeinflussen. Sie haben zur Folge, daß das ganze Vertragsverhältnis betroffen wird, sodaß die beiderseitigen Leistungen zurückgewährt werden müssen, eben weil die Hingabe der einen

Ware von der Lieferung der andern abhängig ist und umgekehrt. Diese Wirkungen stehen jedoch im Widerspruch zu dem einem uneigentlichen Barattogeschäft zugrundeliegenden Zweck und Parteiwillen. Bei ihm ist jede Partei „an der Ausführung zweier Geschäfte interessiert", von denen jedes nur auf den Umsatz von Ware gegen Geld gerichtet ist. Daraus ergibt sich jedoch z. B. für den Rücktritt einer Partei, daß eben nur ein Gegenstand zurückgegeben werden braucht, die Rückgabe der beiden aber nicht gerechtfertigt erscheint. Ganz anders wäre es, wenn das Interesse an den beiden Geschäften so geartet wäre, daß sich die Beteiligten an das eine Geschäft und seine Rechtsfolgen nur dann gebunden fühlen, wenn auch das andere bestehen bleibt und erfüllt wird; in diesem Falle hätten die Parteien aber keine rechtlich unabhängigen Abmachungen getroffen. „Daß sie aber in Bezug auf die beiderseitigen Verpflichtungen tatsächlich zwei rechtlich beziehungslose Verträge abschließen" [1]), ist die in dieser Arbeit vertretene Ansicht.

Aus dem Vergleich des uneigentlichen Barattogeschäfts mit dem Tausch ergibt sich somit, daß jenes Geschäft andere gesetzliche Merkmale wie dieses besitzt, daß insbesondere die beiden Rechtsgebilden zugrunde liegenden Zwecke verschieden sind und daß die Wirkungen einzelner Rechtsbehelfe (z. B. Anfechtung) auf den Tausch dem Wesen des uneigentlichen Barattogeschäfts widersprechen.

§ 8. Unterschied zwischen dem uneigentlichen Barattogeschäft und einem Kauf mit Hingabe an Zahlungsstatt.

Die Untersuchung der rechtlichen Natur des uneigentlichen Barattogeschäfts soll nicht abgeschlossen werden, ohne den Unterschied zwischen diesem Rechtsgebilde und einem Kauf mit Hingabe an Zahlungsstatt näher betrachtet zu haben. Dies erscheint mir deshalb als zweckmäßig weil auch der letztere äußerlich zu einem Umsatz von Ware gegen Ware führen kann.

1) Kuhlenbeck, § 515.

Das Wesen einer Leistung an Erfüllungstatt gemäß § 364 Abs. 1 BGB. besteht darin, daß der Gläubiger statt der ihm geschuldeten eine andere Leistung annimmt". Da nach heutigem Recht dem Gläubiger nicht eine andere Leistung als die ihm zustehende gegen seinen Willen aufgedrängt werden kann, ist eine Einigung mit dem Schuldner nötig, die dahin geht, daß das Schuldverhältnis durch die Leistung des anderen Gegenstandes erlöschen soll" [1]). Während sonst Schuldgegenstand und Erfüllungsgegenstand zusammenfallen, ist hier der letztere ein anderer und kann höchst verschieden sein. (Hingabe einer Sache, Uebertragung eines Rechts, Erlaß einer Schuld usw.). Der folgenden Untersuchung soll der Fall zugrunde gelegt sein, daß eine Sache als Erfüllungssurrogat übergeben wird.

Von der Hingabe an Erfüllungsstatt ist die Hingabe als Zahlungsstatt als der engere Begriff zu trennen. Diese liegt vor, wenn die ursprünglich geschuldete Leistung eine Geldzahlung zum Gegenstand hat.

Für den Unterschied zwischen dem Kauf mit Hingabe an Zahlungsstatt und dem uneigentlichen Barattogeschäft kann folgendes festgestellt werden: für den ersteren ist es wesentlich, daß „zunächst eine bestimmte (Geld)-Leistung vereinbart und sodann später erklärt wird, daß an deren Stelle auch an Zahlungsstatt eine andere Leistung gemacht werden kann derart, daß durch deren Erbringung die Kaufpreisschuld unmittelbar getilgt wird; dagegen ist es für das uneigentliche Barattogeschäft bezeichnend, daß hier von vornherein bestimmt ist, was jeder Beteiligte für den ihm zu überlassenden Gegenstand zu gewähren hat" [2]). — Während bei letzterem zwei selbständige Kaufverträge vorhanden sind, handelt es sich bei einem Kauf mit Vereinbarung einer Hingabe an Zahlungsstatt zwar auch um zwei Verträge, von denen aber der eine Kaufvertrag ist, während der andere der Erfüllung der aus

1) Staudinger, § 364, I, 1; vgl. auch ROHG. 5/420.

2) Vgl. OLG. 15/290 a. E., ferner ROHG. 5/420; siehe auch Thoel, § 251 Anm. 2.

jenem entspringenden Geldschuld dienen soll; durch den einen werden die Verpflichtungen zur Lieferung einer Ware und zur Zahlung einer Geldsumme begründet, der andere enthält die Einigung darüber, daß durch eine Warenhingabe die primäre Geldverbindlichkeit erlöschen soll. — Beim uneigentlichen Barattogeschäft enthält jeder Vertrag einen eigenen Umsatzzweck, bei einem Kauf mit Hingabe an Zahlungsstatt, „steht eine der Abmachungen im Dienste der Erledigung des ursprünglichen Umsatzzweckes eines Kaufvertrages“ [1]). Dort liegen demnach dem Umsatz von Ware gegen Ware zwei Käufe, hier nur ein Kauf zugrunde an dessen Charakter durch die datio in solutum nichts geändert wird.

Aus der Tatsache, daß beim Kauf mit Hingabe an Zahlungsstatt der Leistung des Verkäufers, nämlich zur Lieferung einer Ware, Leistungen des Käufers in Form des Kaufpreises und des hinzugebenden Gegenstandes in der Weise gegenüberstehen, daß der Schuldner durch die Erbringung der Sache und die Annahme derselben durch den Gläubiger als Erfüllung von seiner eigentlichen Verbindlichkeit befreit wird, läßt sich ein weiteres Unterscheidungsmerkmal finden. „Bildet demnach die an Zahlungsstatt empfangene Ware nicht die unmittelbare rechtliche Gegenleistung für die hingegebene, wie etwa beim Tausch, sondern nur eine mittelbare und wirtschaftliche dadurch, daß sie für eine ursprünglich unmittelbar vereinbarte in Geld bestehende Gegenleistung an Zahlungsstatt gegeben wird“ [2]), so kann man beim uneigentlichen Barattogeschäft „das Verhältnis der beiden Sachhingaben zu einander vielleicht durch ein ‚Nebeneinander‘ kennzeichnen; denn jeder der beiden Warenleistungen steht bei ihm eigentlich eine in einem Kaufpreis bestehende Gegenleistung gegenüber“ [3]).

Gemeinsam ist den beiden Rechtsfiguren, daß ein Kaufpreis geschuldet ist, (daß es beim uneigentlichen Ba-

1) Oertmann in Ehrenb. Hdb., S. 334 Anm. 6.
2) Vgl. Wenz, S. 203 Anm. 10.
3) Hummel-Specht S. 802 Anm. 295.

rattogeschäft zwei Kaufpreise sind, macht für die zu erörternde Uebereinstimmung nichts aus), der in anderer Art als durch bare Zahlung getilgt wird. Im ersten Fall geschieht dies durch Hingabe einer Ware an Zahlungsstatt, im zweiten durch Aufrechnung.

§ 9. Zusammenfassung.

Als Ergebnis kann man also feststellen, daß das uneigentliche Barattogeschäft sowohl im Hinblick darauf, was die Parteien mit dem Abschluß desselben erreichen wollen, wie auch darauf, wie diese Absicht der Beteiligten objektiv zu beurteilen ist, eine Zusammenfassung zweier Kaufverträge innerhalb eines einheitlichen Rechtsaktes darstellt. Die Käufe lassen sich gewissermaßen als „Teile eines Vertrages des Inhalts auffassen, daß zwei Vertragsteilnehmer Waren geben und nehmen. und diese zu Geld angeschlagen werden“ [1]), wobei im Endergebnis die Kaufpreise gegen einander ausgeglichen werden, sodaß nur die Differenz bar bezahlt wird. Jeder der Kaufverträge weist trotz der Tatsache, daß sie durch das Zustandekommen innerhalb eines einheitlichen Rechtsaktes und durch die Erfüllung im Wege der Aufrechnung in einer gewissen Beziehung stehen, alle Merkmale eines selbständigen Kaufvertrages auf; denn die Beteiligten wollen jeweils für die Hingabe ihrer Waren Geld; daß äußerlich vielleicht das eine Haupterfüllungsmerkmal, die Zahlung, fehlt und ein Erfüllungssurrogat verwendet wird, steht dem nicht entgegen. Die durch die Kaufverträge begründeten beiderseitigen Verpflichtungen sind solche rechtlich selbständiger Geschäfte, sodaß der eine Vertrag erfüllt werden muß, auch wenn der andere Vertrag z. B. nichtig ist oder durch Rücktritt seine Wirkungen beseitigt werden. Jeder der beiden Verträge hat rechtlich sein eigenes Schicksal mit der Wirkung, daß dann, wenn „eine aufrechnungsfähige Forderung überhaupt nicht vorhanden ist, oder z. B.

1) Kuhlenbeck, § 515.

durch Rücktritt wegfällt, die Aufrechnung nicht stattfinden kann und folglich der Kaufpreis bar bezahlt werden muß“ [1]).

Der Annahme eines Tauschvertrages steht somit insbesondere die Tatsache entgegen, daß es sich beim uneigentlichen Barattogeschäft zwar wie bei diesem um einen einheitlichen, durch einen einheitlichen Rechtsakt zustandegekommenen Vertrag handelt, daß derselbe jedoch in eine Mehrheit von Geschäften zerfällt, von denen jedes alle Merkmale eines Kaufes enthält und in seinem Bestand von dem andern völlig unabhängig ist. Das Vorliegen eines Tausches muß ferner deshalb abgelehnt werden, weil dessen hervorstechendes Kennzeichen, daß der eine Gegenstand nur gegen die Verschaffung des andern gegeben wird, fehlt.

Der rechtlichen Natur des uneigentlichen Barattogeschäfts widersprechen ferner zwei bedingte Kaufverträge, deren gegenseitige Beziehung dadurch begründet ist, daß die eine Partei jeweils das eine Geschäft nur abschließt, damit der andere Beteiligte das Geschäft zustande bringt, an dessen Ausführung der eine Kontrahent ein echtes Interesse hat.

Aber auch ein Bedingungs- und Abhängigkeitsverhältnis zwischen zwei Kaufverträgen, das darauf beruht, daß jeder Beteiligte seine eigene Sache nur veräußert, wenn er die fremde Ware erhält, ist nicht geeignet, dem Wesen des uneigentlichen Barattogeschäfts gerecht zu werden.

Schließlich kann dasselbe auch nicht mit dem Kauf mit Vereinbarung einer Hingabe an Zahlungsstatt gleichgestellt werden; denn trotz einer evt. Uebereinstimmung bezüglich des Umsatzergebnisses, (sofern eben bei letzterem eine Ware als Ersatzleistung hingegeben wird) hat jedes Rechtsgebilde einen verschiedenen rechtlichen Ausgangspunkt, der bei dem zu untersuchenden Geschäft in einem im Rahmen eines einheitlichen Rechtsaktes zustandegekommenen doppelseitigen Kauf zu sehen ist.

1) Vgl. Kuhlenbeck, § 515.

Die Bezeichnung „eigentliches“ und „uneigentliches“ Geschäft findet sich nicht nur im Zusammenhang mit dem Worte „baratto“. Auch sonst begegnet uns diese Gegenüberstellung bei manchen Vertragstypen des BGB. Zu denken ist dabei z. B. an den eigentlichen und uneigentlichen Verwahrungsvertrag oder an den eigentlichen und uneigentlichen Werklieferungsvertrag; aber auch im HGB. finden sich die beiden Geschäftsarten und mit diesen soll zum Schluß das eigentliche und uneigentliche Barattogeschäft verglichen werden.

Vergleicht man die „uneigentlichen Geschäfte“ des Handelsgesetzbuches (uneigentliches Kommissions-, Speditions- und Frachtgeschäft), mit den eigenttichen Geschäften, so ergibt sich als maßgebender Gesichtspunkt für die Unterscheidung der ersteren von den letzteren, daß jene nicht gewerbsmäßig betrieben werden. (Dabei soll nicht übersehen werden, daß die begriffliche Verschiedenheit zwischen eigentlichem und uneigentlichem Kommissionsgeschäft dadurch allein noch nicht genügend umrissen ist.) Während demnach das uneigentliche Geschäft des HGB., abgesehen von dem Fehlen der Gewerbsmäßigkeit keine nennenswerte Abweichung von dem Tatbestand des eigentlichen aufweist, ist dies beim uneigentlichen Barattogeschäft anders.

Dasselbe scheint bei einer Gegenüberstellung mit dem eigentlichen die gleiche Struktur zu haben; denn wirtschaftlich führen die beiden Rechtsgebilde zu einem Umsatz von Ware gegen Ware und evt. einer Ausgleichszahlung in Geld seitens der Partei, die das weniger wertvolle Gut leistet. Trotz dieser äußeren Uebereinstimmung liegt jedem Geschäft ein verschiedener rechtlicher Tatbestand zugrunde, was die Folge des verschiedenen Zweckes ist. Haben schon Tausch und Kauf trotz des § 515 nicht die gleichen rechtlichen Voraussetzungen, so ist beim eigentlichen Barattogeschäft rechtsgeschäftliche Einheit, beim uneigentlichen Barattogeschäft eine Mehrheit rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen innerhalb eines

einheitlichen Rechtsaktes gegeben. Wenn auch das letztere bezüglich des Umsatzes tauschähnliche Eigenschaften hat, so finden auf dasselbe doch nur die Grundsätze des Kaufes Anwendung[1]).

Das uneigentliche Geschäft untersteht nicht, wie es im Handelsgesetzbuch der Fall ist, (§§ 406, 415, 451 HGB.) den Vorschriften, welche das eigentliche regeln, weil es einen von diesem verschiedenen Geschäftsinhalt hat.

1) Vgl. Folkerts, S. 18.